

Revista da

FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

VOLUME 26 DEZEMBRO 2006

Revista da

FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

Vol. 26

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

Reitor: Prof. José Carlos Ferraz Hennemann

Vice-Reitor: Prof. Pedro Cezar Dutra Fonseca

FACULDADE DE DIREITO

Diretor: Prof. Sérgio José Porto • **Vice-Diretor:** Prof. Manoel André da Rocha

**Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio Grande do Sul**

Diretor: Prof. Carlos Silveira Noronha

Responsáveis técnicos:

Jornalista Blásio Hugo Hickmann - Reg. M.T.: 2.073

Bibliotecária Naila Touguinha Lomando - CRB - 10/711

Conselho Editorial:

Professores ex-diretores:

Galeno Vellinho de Lacerda

Almiro Régis do Couto e Silva

José Sperb Sanseverino

Peter Walter Ashton

Eduardo Kroeff Machado Carrion

Plínio de Oliveira Corrêa

Professores titulares:

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira

Carlos Silveira Noronha

Cezar Saldanha de Souza Júnior

Cláudia Lima Marques

Sérgio José Porto

Servidores técnico-administrativos:

Jornalista Blásio Hugo Hickmann

Bibliotecária Naila Touguinha Lomando

Professores doutores:

Carlos Freire Hofmeister

Carlos Klein Zanini

Cesar Viterbo Matos Santolin

Cláudio Fortunato Michelin Júnior

Glênio José Wasserstein Hekman

Humberto Bergmann Ávila

José Alcebiades de Oliveira Jr.

Juarez Freitas

Judith Hofmeister Martins-Costa

Luis Afonso Heck

Luiz Fernando Barzotto

Marco Fridolin Sommer Santos

Marta Lúcia Olivar Jimenez

Odone Sanguiné

Tupinambá Pinto de Azevedo

Vera Maria Jacob de Fradera

Representação discente:

Acadêmica Carolina Vestena

Faculdade de Direito - UFRGS

Av. João Pessoa, 80 - CEP 90.040-000

Porto Alegre/RS - Brasil

Tel: (51) 3308-3118 / 3308-3128 /

3308-3555 / 3308-3464

e-mail: diretor@direito.ufrgs.br

site: <http://www.ufrgs.br>

Revista da

FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

Vol. 26



Editora Sulina

Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Diretor: Prof. Carlos Silveira Noronha

Dados internacionais de catalogação na publicação (CIP)

Bibliotecária Responsável: Denise Mari de Andrade Souza - CRB 10/960

Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: UFRGS - v. 26 dez. 2006 - Continuação da: Revista da Faculdade de Porto Alegre, publicada de 1949-1974.

Semestral

ISSN: 0104-6594

1.Direito: Periódicos. I. Universidade Federal do Rio Grande do Sul

CDD: 340

CDU: 34(05)



Editora Sulina

EDITORA MERIDIONAL LTDA.

Av. Osvaldo Aranha, 440 cj. 101

Cep: 90035-190 Porto Alegre-RS

Tel: (0xx51) 3311-4082

Fax: (0xx51) 3264-4194

www.editorasulina.com.br

e-mail: sulina@editorasulina.com.br

Pede-se permuta • Se pide canje • We ask for exchange
On demande de l'échange • Wir bitten um Austausch • Si richiere lo scambo

Sumário

Antônio Tovo Loureiro

O descumprimento das formas processuais penais como maximização do poder de punir: por uma nova teoria das nulidades 7

Ben-Hur Rava e Luciano da Ros

Posicionamento da Magistratura brasileira sobre a nova *lex mercatoria* 31

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo 59

Carlos Silveira Noronha

Da instituição do *Poder Familiar*, em perspectiva histórica, moderna e pós-moderna..... 89

Eurípedes Gomes Paim Filho

A prescrição do crédito da Fazenda Pública e a execução fiscal 121

Fabício Dani de Boeckel

Herdeiros necessários 135

Peter Walter Ashton

O Direito Econômico e o Direito Empresarial 157

Roberta Lampert

Equilíbrio e justiça no contrato segundo o paradigma contratual contemporâneo 189

Silvia Generali da Costa, Cláudio Luís Martinewski, Luciano José Martins Vieira, Nelson Michel e Renato Michel

Mensuração da carga de trabalho de magistrados: uma análise comparativa do estudo realizado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul com experiências internacionais 221

O descumprimento das formas processuais penais como maximização do poder de punir: por uma nova teoria das nulidades¹

Antônio Tovo Loureiro*

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a forma processual, mais especificamente a forma processual penal, e os desdobramentos que referida forma ocasiona na prática judicial.

A primeira idéia que logo surge ao versar sobre forma processual é exatamente a *teoria das nulidades*. A relevância do tema abordado está exatamente no intrincamento de conceitos atinentes às nulidades, seja devido a sua excessiva complexidade, seja devido à multiplicidade de expressões para designar as diferentes circunstâncias, bem como uma infinita gama de princípios, adágios latinos e máximas *universais*.

Fazendo-se um breve exercício de contraposição entre os julgados que tratam de nulidades com a produção

doutrinária realizada em nosso país, o estudioso do direito vê-se sucumbir num oceano de incoerências, impropriedades e de usos que se perpetuam pela simples tradição, embora sejam de racionalidade e de utilidade questionável. Tal discrepância entre a prática judicial e o que se tem escrito sobre nulidades em processo penal, mais que criar uma confusão conceitual dentro da própria teoria, tem notória repercussão no que respeita às garantias do imputado, pelo simples fato de ser ele o sujeito mais débil na relação processual.

Com vistas a buscar uma ruptura com essa tradição formalista inquisitiva, este trabalho objetiva realocar a forma processual, bem como a resposta à sua violação, aproximando dos seus fins no processo, a serviço das funções que realmente exercem. A proposição do

* Mestre em Ciências Criminais pela PUC RS e advogado.

¹ Artigo originalmente apresentado como monografia para obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

presente articulado e uma nova perspectiva sobre a reação processual aos atos defeituosos, com inspiração na obra do processualista argentino Alberto Binder.² O principal postulado de tal teoria é a vinculação das formas processuais às finalidades que desempenham dentro do processo. Para além do academicismo puro, esta proposição surgirá como alternativa viável para elucidar um pouco estes conceitos entrançados e com o propósito de efetivar a resposta processual aos seus defeitos.

2. FUNDAMENTOS DE UMA CULTURA JUDICIAL FORMALISTA: DO PALEOINQUISITÓRIO AO INQUISITÓRIO REFORMADO

2.1 Breve panorama

Com o fito de elucidar como se consolidou o pensamento atual em matéria de nulidades, para que se possa embasar uma crítica nevrálgica a determinados dogmas perpetuados ao longo dos anos que são aqui questionados, imperioso que se busque a origem da cultura judicial de nosso país, identificando alguns pontos da evolução histórica dos sistemas processuais. Ao longo desta breve digressão, acentuaremos de que maneira era vista a forma pro-

cessual nestes sistemas. Todavia, esta análise não será feita com o exaustivo aprofundamento que o tema exige, até por não se constituir em nosso objeto central no momento.

No direito romano clássico, existia a noção de que a forma era indissociável de seu conteúdo, e assegurá-la seria uma forma de tutelar o próprio direito a ela vinculado. Salienta-se que a forma era extremamente importante em vista da característica de oralidade do direito clássico.

As ações penais possuíam caráter privado e eram processadas seguindo um caminho de dialética muito amplo. A acusação e a defesa eram feitas em público, utilizando-se a retórica dos grandes oradores.

Durante o período imperial, viu-se florescer as raízes do inquisitório. Criavam-se magistrados vinculados ao poder central, que eram organizados segundo uma complexa hierarquia de cargos, e cumulavam os poderes de julgar e acusar. Aliada a esta incipiente burocratização, surge um formalismo exacerbado, pois a proteção antes dedicada à palavra falada passa a ser aplicada aos expedientes agora escritos.

Fazendo um salto histórico, na Alta Idade Média verificamos uma predominância do sistema de controvérsia.³ Os juízos de origem visigótica e germânica

2 BINDER, Alberto. *El incumplimiento de las formas procesales*. Buenos Aires: ADHOC, 2000.

3 LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 151.

foram continuados nas comunidades feudais da mesma forma que eram realizados entre os povos bárbaros no apogeu de Roma. Primavam pela adversidade, sendo dirimidos pelos líderes locais.

Grosso modo, até o século XIII predomina o sistema acusatório no direito continental, sendo perfeitamente compatível com a fragmentariedade e descentralização do poder político que os feudos produziram.

Com a criação dos tribunais do Santo Ofício,⁴ inaugurados pelo chamado *Concilium Lateranensis*, no ano de 1215, o sistema inquisitório passa a sobrepujar gradualmente o acusatório no continente europeu. No mesmo período, há um sensível resgate do ordenamento jurídico justinianeu pelos escolásticos canônicos e notabiliza-se uma retomada do excessivo apego à forma pelo qual preconizava o direito romano tardio.

O nascimento do inquisitório também coincide com um processo de re-centralização de poder político pela monarquia, antes disperso entre os senhores feudais. O inquisitório nasce para legitimar a concentração de poder pela Igreja Católica e pela realeza. Dito sistema era perfeito para criar o distanciamento em relação aos súditos, aprofundando seu subjugo.

As características do inquisitório foram abordadas de forma mais detida quando demonstrados os pressupostos teóricos deste ensaio. Apenas para recordar, cumpre dizer que tratava-se de um sistema escrito, formal, moroso e burocratizado. Ademais, discrepava pela presença de uma pessoa que acumulava todas as funções dos sujeitos processuais, desde a colheita de indícios até o proferimento de sentença final.

O mito da *verdade real*⁵ também foi introduzido neste período no âmbito do processo, e isso muito deve-se a sua nebulosa aura metafísica. Os sistemas de dirimção de conflitos até então nunca haviam se concentrado nesta perquirição, a eles bastava a harmonização ser reestabelecida entre os litigantes.⁶ Exatamente com o propósito de cancelar a perseguição ideológica religiosa, é gerado este conceito aberrante, o qual permitia *perscrutar a alma do imputado em busca de elementos de culpa*. Foi extremamente eficaz para que os inquisidores semeassem o temor entre a população e dissuassem eventuais insurgentes.

O desenvolvimento do inquisitório prosseguiu em ascensão vertiginosa durante toda a Baixa Idade Média, potencializado pelo advento da imprensa e

4 Ibidem, p. 159.

5 O tema verdade no processo penal merece uma abordagem exclusiva. Trataremos dele como uma falácia engendrada no sistema inquisitório, em nome da qual foi produzida uma infinidade de atrocidades.

6 A respeito do problema da “verdade real” conferir: (DUCLERC, Emil. *Prova penal e garantismo*: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004).

pela injeção de capital nas monarquias, orquestrado pela classe burguesa emergente. Assim, até a Revolução Francesa teremos a vigência do inquisitório em sua faceta mais escancarada. Optamos por denominá-lo de *paleoinquisitório*.

O código processual de Napoleão é um marco divisor do inquisitório, porque inaugura uma preocupação do princípio inquisitivo com sua roupagem externa,⁷ com o intuito de maquiar seus tópicos mais controversos. Atribui-se esta modificação às inúmeras críticas lançadas ao inquisitório clássico pelos pensadores iluministas.

A astúcia do sistema napoleônico consistiu na incorporação de alguns elementos da tradição jurídica romano-germânica como o juízo oral, por exemplo, mudando acessórios do sistema processual não alterando, no entanto, sua substância. É a criação do inquisitório reformado ou acusatório formal, o qual alguns denominam *sistema misto*. Não adotamos esta última terminologia por entendermos que acarreta algumas incoerências, haja vista o sistema nunca ser pautado por dois princípios informadores; elementos incompatíveis não conseguem se imiscuir formando um amálgama harmônico.

Com relação ao fenômeno do constitucionalismo do século XX, pode-se anotar que forneceu meios para uma compatibilização dos institutos do inquisitório reformado com as normas constitucionais. Deve-se ter em conta que

alguns esforços de harmonização são muito prejudiciais, por causarem uma perda de identidade. Uma ruptura com a tradição é muito mais vantajosa nessa espécie de caso, pois cada pensamento foi formulado em uma realidade histórica e sua transposição para outra estrutura será sempre deformadora.

Com efeito, o acusatório formal mantém-se no sistema processual brasileiro até os dias de hoje. O texto constitucional adota um sistema acusatório substancial, mas os intérpretes seguem privilegiando a aplicação de um Código Processual Penal de cunho autoritário. Interpreta-se a Constituição de acordo com a perspectiva do Código Processual.

Destarte, uma das críticas que aqui se tece à cultura jurídica é a perpetuação da vigência de um inquisitório que se mantém arraigado com pequenas adaptações, nunca mudando em seu cerne e que termina por influenciar a concepção de forma processual.

2.2 A falaciosa teoria geral do processo

Outra influência nociva em nosso direito processual penal é a de uma teoria geral do processo, tanto civil, quanto penal e até mesmo trabalhista e administrativo.

Uma das raízes desta visão é a influência da obra do jurista italiano Enrico Tullio Liebman, que muda-se para o Brasil no alvorecer do regime de Mussolini e fascinou os processualistas

7 Cfe. BINDER, El incumplimiento..., p. 46.

das décadas de 30 e 40, isto é, na mesma época de elaboração do código – publicado em 1941. Liebman foi defensor da possibilidade de abarcar numa mesma teoria as diferentes disciplinas de processo e aliciou muitos seguidores. Atualmente, no Brasil, o grupo que propugna a possibilidade de uma teoria geral dos processos é denominado de Escola Paulista de Processo.

A doutrina unitária crê possível a uniformização da lógica existente no processo, e acaba subestimando as peculiaridades de cada uma das categorias. Isto é bastante limitador, porque acabam sendo tolhidas as especificidades de cada modalidade, as quais são determinantes e podem modificar completamente a maneira de aplicação da norma. Ademais, há uma constante adaptação de conceitos do processo civil ao penal, ou vice-versa, e nem sempre esse mutualismo é oportuno.

Conforme Jacinto Nelson de Miranda Coutinho,⁸ o processo penal transforma-se em um órfão entre o direito penal e o processo civil.

Num tema complexo como nulidades, a utilização de uma teoria geral unificadora agrava ainda mais a polissemia existente nesse campo, pois surgem novas expressões, oriundas de outros ramos da ciência processual, e vão sendo assimiladas sem a necessária crí-

tica. Aí que reside o problema da teoria geral do processo: a solução pensada para o processo civil, possui determinada racionalidade, que não é a mesma do processo penal, e o deslocamento de conceitos cria formas aberrantes.

2.3 A teoria unitária e suas variantes

Adotaremos a idéia que Binder⁹ cria de teoria unitária das nulidades, como aquela teoria que pretende unificar todo o tipo de resposta processual ao ato defeituoso baseando-se no binômio *forma-violação*. A desvantagem deste raciocínio é que ele coloca como meta da resposta a própria forma, e não aquilo a que ela se destina resguardar, em outras palavras, sua finalidade.

A teoria unitária se compreende como a doutrina tradicional que cuida acerca de diferentes casos, princípios e interesses com uma pretensão de uniformizá-los, sob a égide de um raciocínio baseado simplesmente na forma e sua quebra. Carece tal doutrina de um verdadeiro método de análise, principalmente quando busca um conceito de invalidez formal que seja pertinente a todo ato jurídico.

Desta forma, o eixo de discussão cinge-se ao binômio *validade-invalidade* formal, o que, *prima facie*, parece bas-

8 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre. *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 140.

9 BINDER, El incumplimiento...

tante simples e coerente, num exame mais aprofundado mostra-se uma solução unívoca e obtusa para casos diferentes que envolvem diferentes princípios.

Pode-se pensar que o formalismo excessivo e a teoria unitária são problema recente dos países latino-americanos. Talvez a complexidade crescente da sociedade contemporânea possa ter influído no agravamento deste problema, mas a raiz do problema está no Estado colonial, quando foi instaurado o sistema inquisitório por motivações políticas e quando semearam-se as bases do formalismo. O sistema inquisitório não é apenas uma forma de processo, mas também um modelo completo de organização judicial do Estado Moderno Absolutista, caracterizando-se por ser eminentemente escrito, secreto, formalista, lento, inoportuno, dependente e burocrático. Conforme Jacinto Coutinho,¹⁰ “*trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo já conheceu*”.

Trataremos de alguns dos pontos basilares deste paradigma como se apresenta nos dias atuais e de algumas das diferentes formas que tomou esta concepção ao longo dos anos.

2.3.1 *Tipicidade processual*

Sustenta-se entre os adeptos da teoria unitária que, à semelhança da tipicidade penal, existiria a categoria de *tipo processual*,¹¹ a qual seria um modelo de ato que reúne sujeitos, modelos e circunstâncias definidas pela lei processual.

Caso ocorresse a violação ao tipo, instar-se-ia a respectiva reação processual. Esta classificação permanece investida de uma perspectiva formalista de aplicação das nulidades, característico da ótica restritiva de nulidades, mas percebe-se uma tentativa de agregar a ela alguns preceitos constitucionais deslocados.

Grinover lança mão da *tipicidade constitucional*,¹² a qual plasmar-se-ia na desconformidade formal com o texto constitucional. Mais uma vez indaga-se a necessidade desta noção de tipicidade, visto que a invalidez obviamente decorre da violação de preceito constitucional ou legal, não havendo subsunção a ser realizada do ato violador ao preceito afetado. Esta é uma modalidade precipuamente explicativa, que revela-se restritiva, visto que exige previsão no

10 COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, J.N. Miranda (Coord.) *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 18.

11 BINDER, El incumplimiento..., p. 195.

12 GRINOVER, Ada; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Nulidades no processo penal*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 23-24.

direito positivo para que ocorra a resposta processual.

Além disso, a tipicidade processual não rompe com o formalismo, porque sua análise baseia-se no dualismo violação-formalidade, relegando ao ostracismo a finalidade pretendida.

2.3.2 Taxatividade

O legalismo oitocentista plasmou-se no adágio *pas de nullité sans texte*, visando a restrição dos poderes dos juízes e a coibição dos abusos perpetrados durante o absolutismo, encontrando seu apogeu no Código Napoleônico. Por decorrência desta cláusula, apenas seriam declarados nulos os atos para os quais houvesse previsão de nulidade em texto expresso de lei. Tal perspectiva é própria de uma concepção de presunção de validade da lei e de formas institucionais.¹³

Portanto, a estrutura legalista do critério *numerus clausus* de nulidades torna-se revestida de um manto ilusório de constitucionalidade, em virtude do fenômeno de constitucionalização do séc. XX. Preconizada como uma forma de atenuar o desgaste jurisdicional, deve

ser encarada como um pretexto para dar estabilidade ao trâmite. Em verdade, é muito mais conveniente pensar o sistema de nulidades como vinculado aos preceitos constitucionais, não a uma interpretação restritiva.

No sistema original, selecionava-se hipóteses relevantes de afetação de garantias, indicando-se hipoteticamente atos em *abstracto*. Isto constituiria uma proteção à lei,¹⁴ não ao interesse concreto envolvido. O erro em que incidem os propugnadores desta doutrina é de acreditar que o ordenamento tem o condão de abordar absolutamente todas as hipóteses que denotam violação a princípios. Seria um narcisismo processual.¹⁵

A taxatividade não encontra mais defensores assumidos, mas percebe-se, ao analisar a jurisprudência ou até mesmo trabalhos doutrinários, que remanesce esse temor¹⁶ de conceder ao magistrado o poder de nulificar atos, pois ausente positivação da hipótese violatória. No entanto, esta situação não é compatível com a figura do juiz garantidor, o qual zelará pelas garantias constitucionais do imputado, prescindindo, para tanto, de previsão em legislação infraconstitucional.

13 BINDER, op. cit., p. 25.

14 Ibidem, p. 27.

15 CARVALHO, Salo de. A ferida narcísica do direito penal. In: GAUER, Ruth (Org.) *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

16 GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, *Nulidades...* Os autores trabalham com a idéia de legalidade constitucional, mas permanecem vinculados a uma noção restritiva de nulidade, que tem seu fundo no postulado da taxatividade.

Destarte, a taxatividade deve ser abandonada por ser fruto de uma concepção restritiva de violação de garantias, não podendo ser adotada num sistema garantista-acusatório.

2.3.3 Pluralidade de termos descrevendo a matéria

Outro obstáculo que necessita ser superado em nosso sistema, com o intuito de facilitar a reparação dos atos inválidos, é a consolidação da polissemia dos termos que tratam do tema. Pesquisando na doutrina, encontramos, por exemplo: *inexistência, ato nulo de pleno direito, nulidade absoluta, relativa, implícita, virtual, saneamento, convalidação, preclusão, impeditiva de arguição*, entre outros. Esta pluralidade de expressões não facilita em nada a aplicação deste mecanismo.

Alguns autores apenas agravam esta situação e vão construindo novos conceitos, utilizando um pernosticismo terminológico, próprio de um academicismo exacerbado. Cria-se, portanto, uma gama infundável de termos para designar os mesmos conceitos, ou pior, constroem-se conceitos desnecessários, vazios.

A idéia deste trabalho é propor uma depuração neste âmbito, eliminando-se os conceitos inúteis da teoria da invalidez dos atos processuais. O objetivo disto é efficientizar a resposta processual aos vícios, despindo-a de toda a pompa que se faz em torno dela, tendo

em mente o caráter eminentemente instrumental do direito processual.

2.3.4 Imprecisão sobre o conceito de nulidade e nulidade como sanção do ato imperfeito

Se há nebulosidades sobre o próprio conceito do objeto, é evidente que toda a teoria que se encadeará sobre este conceito será inconsistente. Em nosso país, a dogmática não faz uma delimitação clara¹⁷ no que consiste a nulidade, sendo o termo utilizado tanto para designar o ato reputado defeituoso quanto a resposta judicial à invalidez, assim como a teorização que se realiza a respeito de ambas.

O Código de Processo Penal incorpora esta imprecisão, usando o termo nulidade tanto para designar a decisão judicial que nulifica o ato quanto a violação formal, v.g.: “A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: I – por incompetência, suspeição ou suborno do juiz; [...]”.¹⁸ Note-se que a nulidade não ocorrerá nos casos enumerados, contudo, o ato será *irregular* nas hipóteses previstas. Com efeito, a nulidade só ocorrerá após um ato judicial que decrete que o ato processual inquinado não pode gerar os efeitos a que se destinava.

Indubitavelmente, esta confusão entre a decisão judicial e o ato defeituoso é extremamente prejudicial, pois geradora de uma incerteza acerca de qual das acepções se está invocando.

17 BINDER, El incumplimiento..., p. 32.

18 Código de Processo Penal, art. 564.

Se tudo é denominado nulidade, não se compreenderá ao certo no que consiste. Tal incerteza é um fator de risco, em se tratando de proteção ao acusado.

Outra noção que cumpre criticar é de nulidade enquanto *sanção*¹⁹ do ato defeituoso.²⁰ Julio B. Maier²¹ faz uma das maiores críticas a este entendimento, refutando a declaração de nulidade como imposição de uma sanção.

O argumento de Maier é peremptório: as sanções presumem a conexão a um prejuízo, senão para o infrator, ao menos para um terceiro. Maier defende ainda que a nulidade não é uma sanção nem do ponto de vista formal, nem material, sendo que considerar-se-á nulo apenas o antônimo de válido, caracterizando o ato como inidôneo. Textualmente:

Juridicamente, sin embargo, el concepto de nulidad es totalmente neutro, esto es, no representa de por si ningún perjuicio o beneficio, sino una

crítica a la acción llevada a cabo incorrectamente y, por ello, incapaz de producir el efecto que la norma le asigna. (Sem grifos no original).

Para além do preciosismo semântico, desfazer o mito de nulidade como sanção ocasiona efeitos mais concretos do que possa parecer *prima facie*. A idéia de sanção está investida de uma carga axiológica que tem repercussões no caso concreto.

Os atos defeituosos, se entendidos como sanção processual, passam a ser parâmetro de qualidade dentro da administração das burocracias judiciais. Quanto menos defeitos houver, melhor será a vara²² ou o tribunal. Mais uma vez, teremos um fator de incremento do excessivo apego à forma entre os funcionários do judiciário. Desta forma, contribui-se de uma maneira quase subliminar para o esquecimento do papel que está a cumprir a forma dentro daquele contexto.

19 RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. “Nulo é o ato defeituoso, atípico, que sofreu a sanção de nulidade.” O autor mostra-se neste trecho alinhado tanto à doutrina de tipicidade processual quanto à conceituação de nulidade enquanto sanção. Frederico Marques (*Elementos de direito processual penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. V. II p. 397), Tornaghi (*Instituições de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1977. V. II, p. 47) e Tourinho Filho (*Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2001) partilham da mesma posição.

20 A nulidade é tratada como sanção processual em nosso Código de Processo Penal. Francisco Campos, em sua exposição de motivos - inciso XVII -, invoca escólio de um processualista italiano, do qual não revela o nome: “*Um bom direito processual penal deve limitar as sanções de nulidade àquele estrito mínimo [...]*”.

21 MAIER, Julio B. J. *La función normativa de la nulidad*. Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 129-133.

22 No mesmo sentido, embora com argumentos diferentes, posicionam-se TOVO, P.C. *Nulidades no processo penal brasileiro: novo enfoque e comentário*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 15-16.

Trataremos da natureza da nulidade segundo a teoria adotada por este trabalho no capítulo oportuno.

2.3.5 Nulidade da forma processual como nulidade do ato jurídico

A última das críticas lançadas aos dogmas da teoria unitária será à noção que permeia a concepção de nulidade em matéria processual penal, e que está relacionada à vigência de uma errônea teoria geral do processo, é que a nulidade da forma processual é percebida da mesma maneira que a forma do ato jurídico. Esta noção é transplantada da teoria de nulidades em direito privado, no qual a forma presta-se a preservar a declaração de vontade.

Esta noção está muito arraigada na doutrina brasileira. Rangel²³ estabelece que “o ponto de partida de nosso estudo é o ato jurídico”. O núcleo fundante para o autor em matéria de nulidades no processo penal é a definição de ato jurídico do Código Civil.

Conforme Binder,²⁴ as formas jurídicas eram comuns aos atos jurídicos, por serem vinculadas no Direito Romano, a assegurar a manifestação da vontade, em decorrência do caráter verbal do ordenamento clássico. Entretanto, no inquisitório, que se consolida em sua forma mais caricata no século XVI, esta idéia permanece sendo pro-

palada, quando, em verdade, não existia a mesma correspondência. Os tribunais passam a se afirmar como estruturas autogeridas, com rotinas específicas; ademais, sua finalidade não mais é apenas a dirimção de conflitos, pois assumiram metas próprias. A forma processual assume uma nova função diferente da que possuía no direito romano, e os juristas permanecem repetindo cegamente que a forma processual serviria à proteção da declaração da parte.

A relevância da proposta que Alberto Binder realiza – e que é adotada neste artigo – é de realizar uma conexão da forma com a prática judicial, deixando-se de reputá-la exsurgente do ato jurídico, com o fito de poder refletir-se sobre as distintas funções da forma e distintas maneiras de resposta à sua violação.

3. FUNDAMENTOS PARA UMA NOVA TEORIA DA REAÇÃO AO QUEBRANTAMENTO DE FORMAS

Conforme já referimos, a doutrina sobre nulidades acaba desorientando o aplicador e o estudioso do tema. Isto evidencia-se quando as conceituações são elaboradas à base de analogias formais ou similitudes semânticas, acabando por ocultar problemas centrais e transpor princípios inadequados e distorcidos.

23 RANGEL, *Direito...*, p. 723.

24 BINDER, *El incumplimiento...*, p. 41. Binder esclarece que pode ser encontrada uma similitude entre os institutos jurídicos, já que descendem do mesmo ramo. Entretanto, esta distinção será significativa por atrelar o uso do trâmite pelo poder judicial e emancipar a forma da função que possuía anteriormente e das funções que cumpre no processo contemporaneamente.

Segundo a exposição realizada, estes são desdobramentos do desenvolvimento histórico do sistema inquisitório, em seus variados estágios, e de classificações deficitárias, centradas em impróprias idéias de uma teoria geral do processo, ou mesmo da teoria unitária das nulidades. Um dos fatos mais pungentes com relação a isto é que percebe-se que os operadores do sistema acabam tentando tirar proveito dessas indefinições, ora protelando pelo ritualismo, ora deixando de reconhecer vícios de forma relevantes, em nome de um metafísico interesse público²⁵ ou da celeridade processual.

Portanto, com fulcro nos ensinamentos do jurista argentino Alberto Binder,²⁶ realiza-se proposição de uma simplificação e efficientização da maneira que o sistema processual reage à invalidez de seus próprios atos. Para tanto, buscaremos depurar e tornar mais visíveis as distintas funções desse mecanismo de resposta aos atos inválidos. Como transparece pelo exame da própria doutrina, este é um dos temas mais intrincados em direito processual e sobre o qual se realizam teorizações

empoladas, que só geram maiores entraves no momento de aplicação.

Outra grande limitação que acomete o direito processual penal brasileiro é a ausência de codificação suficiente de normas teóricas e sistematizantes que consolidem um sistema com base na teoria das nulidades. Existem cinco artigos no Código de Processo Penal²⁷ (arts. 563, 565, 566, 572 e 573) realizando disposições gerais para disciplinar a matéria e os demais versam acerca de hipóteses abstratas nas quais deve ser declarada nulidade. Foi aberto um espaço demasiado amplo para a construção dogmática, a qual foi sendo feita de maneira completamente caótica e sem princípios informadores bem definidos – certamente não são os mesmos da teoria que aqui se propõe.

A construção doutrinária foi preenchendo as vagas com base nos postulados do direito processual civil, o qual estabelece-se em marcos contrapostos à doutrina penal. Em vista do período de elaboração do texto legal, também estão muito presentes a cultura inquisitória e um paradigma autoritário de defesa social.²⁸

25 GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, *Nulidades...* lecionam que passa-se de uma noção de direitos fundamentais individualista para uma perspectiva transindividual, calcada no interesse público. Apenas deve-se ter em conta que o interesse geral é muitas vezes fundamento das restrições impostas às garantias do imputado pela jurisprudência, sempre invocado como um elemento abstrato, sem demonstração.

26 BINDER, op. cit.

27 GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, *Nulidades...*, p. 28. Os autores referem a excessiva abertura pela qual optou o legislador, mas consideram que os princípios plasmados em lei bastam para que se sedimente um sistema de nulidades congruente.

28 CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Caso se observe a exposição de motivos do Código de Processo, firmada por Francisco Campos, verificar-se-á a menção aos etéreos direitos do Estado de combate à criminalidade, evitando-se o “rigoroso formalismo”.²⁹ Este é o paradoxo enfrentado pelo sistema processual, porquanto compactua-se com a supressão de meros formalismos – leia-se garantias do imputado – e, em contrapartida, protege-se a prática institucional.

A presente proposição evitará o incurso em um neoformalismo, tendo o cuidado de efetivamente romper com a vetusta teoria tradicional. Ressaltamos que segundo o presente prisma a forma não possui valor intrínseco, só será pertinente sua proteção quando a ela estiver tutelado o princípio que visa a proteger.

O essencial para começar o afastamento da teoria tradicional das nulidades é realizar uma mudança do eixo segundo a forma do ato processual é costumeiramente abordada e aproximá-la da função que ela exerce. O objetivo é propor uma teoria em consonância com as funções da forma processual e considerá-las de maneira determinante para a estruturação de uma eficiente resposta a violação de requisitos legais e encadeamentos de atos.

3.1 Reconceituação da nulidade

Binder³⁰ apresenta-nos a indelével necessidade de elucidar qual a precisa

extensão dos institutos relacionados com a resposta ao descumprimento formal, com o propósito de elucidar-se sua pertinência e adequação. Os conceitos que mais são citados dentro da disciplina são, sem embargo, o saneamento, a convalidação e a nulidade. Todavia, constrói-se toda uma estrutura tendo como eixo principal a nulidade, quando esta deveria ter um significado residual, o que significa dizer que a nulidade deveria ser a *ultima ratio*, recebendo seu conteúdo significativo a partir da conceituação de outras soluções processuais ao ato imperfeito.

Esta lógica apresenta-se em todo o pensamento do precitado autor e encontra guarida nos ensinamentos de Luigi Ferrajoli. Não podemos esquecer, contudo, que o formalismo, isto é, a defesa da forma pela forma, com um valor intrínseco, acaba por sobrepujar a liberdade.

Michel Foucault³¹ realiza uma ampla análise acerca da prática política institucional, sendo relevante, para nosso objeto, a rotina dos tribunais. A prática judicial seria o meio pelo qual formam-se sujeitos de conhecimento e relações de verdade. O valor da forma em si, a forma pela forma, foi uma criação da cultura ritualista, a qual desagra a forma processual da função que ela exerce no processo, passando a tutelar o expediente.

29 Exposição de motivos do CPP, incisos XVII e XVIII.

30 BINDER, El incumplimiento..., p. 32.

31 FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3.ed. Rio de Janeiro: Nau, 2003, p. 27.

Pretendemos passar a idéia de um formalismo compreendido como a centralização do expediente no cotidiano forense, as diferentes maneiras de exercer poder pelo trâmite, a subsistência de formas extintas ou inadequadas. A cultura judicial somada à prática formalista constitui um dos maiores entraves ao repensar jurídico neste objeto.

3.2 A teoria funcional das nulidades

A análise unitária realiza uma consideração pobre e formal dos conceitos fundamentais, com reduzido grau de crítica. Conforme visto no capítulo anterior, isto também é herança de uma *falsa harmonia*³² entre os atos jurídicos e os requisitos legais dos atos processuais, a qual realiza uma distorcida equiparação entre fenômenos jurídicos completamente diversos, elegendo isto como premissa fundante, desconsiderando plenamente a prática institucional.

Postularemos o abandono da análise unitária, reconhecendo-se que não é possível transpor temas e problemas dos atos jurídicos para as formas processuais, e explorar as conseqüências deste

abandono. Seguindo a linha mestra da teoria esboçada por Binder, lançamos uma proposta de reação processual à invalidez fulcrada nas três funções precípuas³³ que as formas processuais penais podem cumprir:

- a) proteção do *sistema de garantias*, porquanto as formas procederão à salvaguarda do imputado em face do poder penal. Neste âmbito, as formas são encaradas como mecanismos de proteção;
- b) promover a *institucionalização do conflito*, ou seja, limitar a tutela judicial do direito da vítima;
- c) implementar a *objetividade da atividade do Ministério Público*, ou seja, restringir as prerrogativas legais do acusador estatal para ordenar a defesa dos interesses da vítima.³⁴

Será verificada muitas vezes, quando da análise do caso concreto, a existência de um antagonismo entre os três distintos interesses citados. Para que se possa facilmente ultrapassar eventuais contradições, é necessário ter-se em mente a escala de valores que gradua estas funções na seara processual penal. Sem embargo, haverá uma preponderância das garantias do imputado sobre as de-

32 BINDER, El incumplimiento... Uma das grandes preocupações do autor é com a pretensão que os operadores do direito possuem de harmonizar diversos conceitos, os quais, no mais das vezes, não são harmonizáveis, tampouco, convenientes de se traçar uma correspondência, que acaba sendo artificial, com a agravante de ocultar certas peculiaridades.

33 Ibidem, p. 43. O argentino faz uma colocação muito arguta: se não forem bem definidas as funções das formas processuais, elas passarão a defender a rotina institucional.

34 Ibidem, p. 50.

mais finalidades, consoante toda a base epistemológica de um processo penal garantista. Esta é a lógica que deve reger a solução de atritos entre as funções.

Podemos observar que, sob a égide da teoria unitária, nesta dirimição de conflitos utiliza-se um falso paternalismo processual, que nada mais é senão a utilização de um argumento supostamente em favor do imputado, quando, em verdade, pretende-se efetivamente prejudicá-lo. No campo dos atos inválidos, está em jogo o interesse concreto do imputado e esta será a baliza da resposta processual. Contudo, o imputado não pode obrigar o Estado a atuar de maneira irrazoável.³⁵

Quanto à teoria tripartite que ora se adota, reconhecemos que até seria possível reduzir suas três modalidades a uma única teoria, pela mera criação de uma categoria classificativa superior, uma raiz comum. Binder alerta que isso é indesejável, em virtude daquilo que ele denomina de *falácia idealista do pensamento jurídico*; o jurista sofre da síndrome de categorizar e conceituar em grandes núcleos, imbuído dos auspícios de simplificar a aplicação do ordenamento. O malefício desta ten-

dência é que se insufla uma superficialização do pensar crítico, que é uma síndrome bastante comum na ciência jurídica, dando-se espaço a uma nova distorção da teoria.

3.3 A proteção do sistema de garantias

A partir da propositura de deslocamento do eixo de uma concepção puramente formal do ato inválido para uma teoria substancial ou funcional, estruturaremos a primeira das funções da teoria proposta, que é a resposta processual aos atos que violem requisitos legais e cadeias de atos que pretendam realizar a proteção do imputado.

Há uma distinção relevante que deve ser realizada antes do detalhamento desse âmbito. Uma importante conceituação que Binder refere *en passant* e que é influência da obra de Ferrajoli em seu pensamento será importante para a proposição de seu pensamento. Ferrajoli³⁶ dissocia *garantia* de *direito*, aduzindo que o princípio pode até ser reconhecido pelo texto constitucional ou por tratado internacional, mas entre seu reconheci-

35 “El imputado no es dueño del proceso [...]. No puede pretender ser juzgado de por fuera de las condiciones de legitimidad del Estado de derecho.” De fato, não se está a pregar aqui uma vantagem extraprocessual ao réu. Apenas se pretende uma eficácia máxima da estrutura de tutela do débil, o que não significa, em nenhuma hipótese, garantir-lhe privilégios que possam contrariar as próprias condições de legitimação do processo penal.

36 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Traducción Perfecto Andrés Ibáñez. Madri: Trotta, 2001. p. 59.

mento e sua garantia há uma grande distância. Textualmente:

Es claro que si confundimos derechos y garantías resultarán descalificadas en el plano jurídico las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo, es decir, la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, reducidas una y otra, en defecto de las adecuadas garantías, a simples declamaciones retóricas o, a lo sumo, a vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes. (O grifo é nosso).

Binder realiza uma pequena adaptação e trata o mesmo conceito de direito fundamental como princípio. Segundo sua tese, garantia é a estrutura que concretiza a vigência do princípio. O desdobramento que isto terá em nosso mote é que o princípio só estará garantido quando o ato que o afeta enceta sua privação de conseqüências jurídicas.

Concebemos as formas processuais enquanto requisitos legais dos atos ou seqüências de atos, os quais objetivam a proteção de princípios do ordenamento jurídico. Em determinado momento de sua obra, Binder chega a defender que a adequação do sistema processual ao conjunto de princípios do Estado é a medida do grau de garantia a eles conferida.³⁷

Dentro de sua peculiar teoria, Binder vincula ao tema das formas processuais a questão do processo cognitivo e da verdade no processo penal, considerando-as indissociáveis das formas e dos princípios do processo, bem como indispensáveis para que se compreenda o regime das nulidades no processo penal. Em virtude destes temas exigirem um trabalho à parte para sua abordagem, referiremos perfunctoriamente a idéia do autor para que se tenha um panorama de sua extensão.

3.3.1 As meras irregularidades e defeitos substanciais

Essencial para a análise da proposta de Binder é entender que o cumprimento das formas não é um fim em si mesmo, mas sim uma atividade meio para garantia do respeito aos princípios imbricados no ato processual. Quando da ocorrência de violação da forma, deve-se preconizar pela *restauração do princípio afetado*,³⁸ e não pelo mero restabelecimento da forma.

Binder postula que existe uma *macroestrutura de garantias processuais*, as quais sustentam os princípios. Seria um nível superior de garantia, o qual encontra-se em comunicação com os princípios e assegura sua efetividade. Existe ainda uma *microestrutura de*

³⁷ BINDER, El incumplimiento..., p. 58.

³⁸ BINDER, El incumplimiento..., p. 85 "Pareciera que se presupone el conocimiento de la función de las formas o se asume que esa función no es problemática y por ende no necesita ser esclarecida." A função das formas é tratada como obviedade, e é esquecida pela doutrina e pela prática dos tribunais.

garantias,³⁹ formada pelos atos e requisitos legais, nos quais consiste a concreção da macroestrutura. As duas modalidades de categorias são essenciais para impedir uma interpretação isolada das garantias e princípios, bem como serão de fundamental importância para a atividade judicial de restauração. Ademais, pensar macroestrutura independente de micro seria incorrer numa *metafísica dos princípios*; a microestrutura desvinculada da macro transformar-se-ia com facilidade em um neoformalismo.

Uma das grandes falhas, segundo Binder, na qual se incorre com frequência é a transformação de todo e qualquer defeito formal em invalidez, o que parece uma visão obtusa, haja vista não considerar a totalidade de garantias envolvidas em conjunto no ato. Este foi um dos motivos que levou os legisladores napoleônicos a optar pelo sistema legal taxativo de nulidades, de maneira a atar as mãos do magistrado.

O sistema de garantias possui dimensão essencial nas formas processuais, ao impedir que estas sejam consideradas meramente em sua transgressão ou com um viés formalista. A partir da noção funcional, surge a idéia da preponderância do objetivo e função da forma em detrimento da forma pela forma, como valor em si.

Reiteramos que o ritualismo, no sistema inquisitório, não consistia em um

apego inocente à forma, mas sim em uma modalidade ideológica de exercício do poder pelo trâmite. Não obstante, em nosso sistema judicial, o formalismo ainda cumpre papel de barreira contra a excessiva quantidade de feitos que abarrotam os gabinetes da magistratura. Estes são os fatores da *sacralização do expediente*⁴⁰ que impera em nossos tribunais, e que resultam no sem número de formas vazias, os quais configuram nítidos padrões de adaptação da cultura inquisitiva aos estados republicanos.

O formalismo gera duas espécies de profissionais dentro dos tribunais: o cartorário formalista e o juiz-burocrata. O funcionário, permeado pela cultura inquisitiva reformada, torna-se um fiscal do trâmite; o juiz deixa de exercer a judicatura para preocupar-se com atividades menores de administração do expediente. Este é o retrato do acusatório formal.

3.3.2 *Espécies de respostas aos atos defeituosos*

Primeiramente, quando falamos da reação processual aos atos que tiveram sua forma descumprida, cumpre mencionar que a forma processual não será garantia do cumprimento do princípio a que se propõe, mas sim facilitadora de sua vigência, bem como geradora de um “alerta” que facilita a restauração.

Com o fito de simplificar, esclarecer certos pontos nebulosos dessa disciplina,

39 Ibidem, p. 73.

40 Ibidem, p. 112.

surge o conceito de resposta ao ato defeituoso como a atividade jurisdicional que visa à reparação de princípio, reconhecimento de que a ruptura formal não agrediu princípio ou declaração de que o ato não tem condão de produzir efeitos. Deste conceito inferem-se três desdobramentos⁴¹ da teoria do ato defeituoso: (a) o quebrantamento de formas nem sempre gera ato inválido, embora este seja sempre irregular; (b) a invalidez do ato nem sempre acarreta nulidade, visto que a invalidez pode ter se reparado por si mesma ou pelo poder judicial; (c) a nulidade dos atos só deve ser declarada como solução extrema aos atos impassíveis de restauração.

O ato inválido que fere princípio de garantia ensejará a reação processual que vise a saná-lo, seja por meio do *saneamento*, seja pela *nulidade* propriamente dita.

O saneamento consiste, destarte, no restabelecimento de princípio constitucional que foi violado pela atividade processual defeituosa. Não se deve confundi-lo, ainda com o mero restabelecimento da forma, o qual pode ocasionar prejuízos ainda mais graves ao imputado. O saneamento não estaria vinculado também à atividade defensiva, porquanto prescinde de alegação, podendo ser realizado *ex officio* pelo juiz, visto que se inclui entre as atividades ínsitas à jurisdição. Tal atividade

oficiosa, distante da arbitrariedade, sofre limitações pelo interesse em concreto do imputado e pelos casos em que a quebra da forma foi irrelevante – esta última hipótese deve ser interpretada com extrema cautela.

O saneamento é o ponto central do sistema de reparação de atos inválidos no sistema de garantias, esvaziando-se a esfera que detém a nulidade na teoria unitária.

A partir da teoria funcional, torna-se sem utilidade a tradicional distinção entre nulidades relativas e absolutas, visto que não há espaço para a convalidação sob a égide do sistema de garantias. Portanto, não haveria nulidade “relativa”, ou seja, passível de restauração automática em nome de princípio superior – em direito processual penal, não há princípio superior à garantia do imputado. Ademais, como bem ressalva Binder, a idéia de nulidades relativas, em contraposição às absolutas, cria ilusório nexo de correspondência entre a nulidade do ato jurídico e a nulidade da forma processual, já criticada neste trabalho.

A propósito da convalidação, positivada no Código de Processo Penal em seu art. 572,⁴² não há compatibilidade de tal resposta processual com o sistema de garantias, visto que ela pressupõe que o vício formal do ato será ignorado em favor de interesse maior que as próprias

41 BINDER, El incumplimiento..., p. 96.

42 Art. 572. As nulidades [...] considerar-se-ão sanadas: [...] II - se, praticado de outra forma, o ato tiver atingido seu fim; III - se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito seus efeitos.

garantias do acusado. Para esta teoria, não há princípio superior à tutela do imputado.

Portanto, para reger a reação processual às formas inválidas sob o prisma do sistema de garantias, basta utilizar os conceitos de reparação e nulidade, de maneira a reduzir a excessiva quantidade de termos usualmente empregados nessa disciplina.

Outra noção a ser abandonada nesta seara é a *preclusão*, ou seja, a absorção do prejuízo em virtude do transcurso de tempo ou não alegação em determinado marco processual. Parece inadequado pensar que o tempo impedirá a reparação do vício processual.

Por fim, não possuem o condão de afastar a lesão ao manto protetivo do acusado as alegações de consentimento explícito, tácito ou de ato provocado pelo próprio imputado, vez que não é viável exigir-se do réu a coerência entre seus atos. Respalhando essa afirmativa está o CPP Modelo para a Ibero-América, o qual positiva a regra de não invocar-se a torpeza do defendido para eximir-se de declarar nulidade.⁴³

3.3.3 A nulidade

A definição de Binder de nulidade resume-se em *perda de efeitos próprios de ato processual por sua realização defeituosa*. O conceito, que é flagrantemente simples, não deveria dar margem à elaboração de uma teoria

entravada, repleta de vaguezas e contradições, conforme foi sendo realizado na teoria unitária.

Aqui também se faz conveniente uma crítica, quanto ao uso do termo anulável dentro do direito processual penal, pois é um conceito tipicamente de direito privado, não considera uma decisão após atividade estatal institucionalizada, é pertinente apenas num direito estabelecido entre particulares. Não haverá disponibilidade do defeito, em havendo afetação de princípio, o qual a parte argüirá ou não conforme sua própria conveniência. Por estes motivos, não é um termo conveniente para designar graus de invalidez do ato.

A resposta nulificadora tem diversos graus, além de diferentes extensões conforme a quantidade de atos que estão encadeados em um mesmo caminho processual.

O primeiro escalão seria a mera desconsideração da informação produzida pelo ato. Nesta modalidade, por consectário lógico, a declaração de nulidade ensejaria a eliminação física do ato, ou seja, seu desentranhamento dos autos do expediente. Se o ato não produziu efeitos, não haveria razão para mantê-lo nos autos a não ser um ritualismo excessivo. Se o juiz deve desconsiderá-lo, como se pode ter certeza que deixará de valorar ato nulo que não foi desentranhado dos autos, ainda que de forma velada, à solércia?

43 Combate-se a posição do CPP em seu art. 565: “Nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.”

3.3.4 A controversa questão do prejuízo na jurisprudência no sistema brasileiro: inversão do ônus probatório

Em matéria de nulidades no processo penal brasileiro, cristalizou-se o aforismo do *pas de nullité sans grief*. A utilização do parâmetro *prejuízo* é efetivamente útil para que não se incorra no formalismo de decretar nulidade em virtude de qualquer irregularidade, o que flagrantemente acarreta prejuízo ao imputado. O Código de Processo Penal materializa esta regra em seu artigo 563.⁴⁴

O adágio é coerente com uma teoria ampla de descumprimento formal, que propugna algo além da atribuição de valor intrínseco à forma processual.

Não obstante, como sói ocorrer, a prática dos tribunais distorceu a questão do prejuízo, em virtude da ausência de uma sistematização ampla da reação processual à invalidez, e também em decorrência de toda cultura de que está investido o poder judicial. A inversão que ocorreu é bastante grave: onera-se o débil com a carga de *comprovar o prejuízo ocorrido*. O acusado, além de possuir menos condições materiais de juntar elementos que convençam do dano efetivo a suas garantias, nem sempre conseguirá realizá-lo, porque talvez simplesmente não seja possível. O dano a uma garantia, ou a um princípio, nem sempre é passível de comprovação material.

Grinover⁴⁵ propõe uma visão um pouco diferente: a dissociação entre prejuízo evidente e prejuízo que demanda demonstração. A idéia que os autores esposam é a seguinte:

Já com relação às nulidades relativas, o mesmo não ocorre; aliás, um dos traços distintivos entre estas e as absolutas consiste exatamente na exigência de demonstração do prejuízo; nas nulidades absolutas, essa tarefa é desnecessária, pois a natureza da irregularidade evidencia o dano à parte ou à decisão judicial; nas chamadas nulidades relativas, o prejuízo não é constatado desde logo, em razão do que se exige alegação e demonstração do dano pelo interessado no reconhecimento do vício. (Sem grifo no original).

Ainda que aceitássemos a distinção entre nulidades relativas e absolutas, a qual é refutada neste estudo, cumpre apontar uma falha mais grave no entendimento de Grinover. Há uma abertura excessiva nos casos em que é necessário demonstrar o prejuízo, pois apenas atrela-se a necessidade de demonstração do prejuízo ao fato de constituir a hipótese uma *nulidade relativa* – note-se, mais uma vez, a confusão entre ato inválido e a decisão nulificadora. A falha deste raciocínio é que não há previsão explícita de quais atributos a violação deve possuir para que seja digna

44 Art. 563: “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.”

45 GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, *Nulidades...*, p. 29-30.

de nulidade absoluta, e de transferir à parte (qualquer que seja) o ônus de demonstrar o prejuízo.

Ressalta-se que o Código de Processo Penal não realiza esta distinção absolutas/relativas, apenas assinala hipóteses de preclusão e de convalidação. Outro óbice ao entendimento aos professores das Arcadas é que nem todas as hipóteses ensejadoras de nulidade estão previstas em lei. Portanto, resta ao magistrado determinar em que consiste a nulidade relativa.

A vulnerabilidade deste viés é, destarte, a vagueza da chamada nulidade relativa. O poder judicial pode incluir nesta esfera aquilo que lhe convier, eximindo-se da reparação do vício porque não foi devidamente demonstrado.

Um exemplo emblemático da conivência do Judiciário com as violações ao escudo protetivo do réu está evidenciado na súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal:

No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará quando houver prova de prejuízo para o réu.

Parece clara a ideologia presente no entendimento do STF. O réu será lesado tanto pela deficiência de defesa quanto pelos juízes que o farão comprovar que realmente sofreu prejuízo. A mentalidade dominante em nossos tribunais é do equilíbrio do trâmite,⁴⁶ e

reparar um princípio de proteção do acusado, ainda que tenha *status* constitucional, seria romper com a suposta estabilidade. Há uma enorme discricionariedade para a definição do limite absoluta/relativa, e os juízes que compactuam com o formalismo inquisitivo incluem na segunda categoria os casos nos quais não querem dar a resposta nulificadora – pois sabem que é praticamente impossível comprovar dito prejuízo.

Conforme explanado, a discrepância entre nulidades relativas e absolutas não se coaduna com a teoria aqui advogada. No que diz respeito ao prejuízo, é necessária uma inversão do pensamento. Quando se reputava necessária a comprovação deste prejuízo pelo acusado, estava-se distorcendo o sistema. Obrigar o acusado a comprovar equivalia a negar-lhe a vigência do interesse concreto danificado.

Devemos ter em mente que, nos casos de descumprimento de formas que impliquem violação a princípios de tutela do imputado, *vige uma presunção de prejuízo*.⁴⁷ Caberá sim a demonstração de que o prejuízo não ocorreu para que o defeito não seja reparado.

3.4 Formas processuais e a atividade acusatória

A principal função da forma processual, é, sem dúvida, de proteger o imputado. Esta é a idéia central que

46 BINDER, El incumplimiento..., p. 25, nota 20.

47 BINDER, El incumplimiento..., p. 30.

deverá pautar o exame da violação formal em se tratando da atividade acusatória.

Este é o foro em que a forma deixará de ser garante de princípio, e assumirá as condições para a pretensão judicial de tutela de direito ofendido, seja a exercida pela própria vítima, seja aquela no qual o Estado assume tal tutela, o que ocorre somente em razão de fragilidade do sujeito ou interesse difuso envolvido.

A convalidação presta-se a esta seara precisamente por tratar-se de absorção da falha em virtude da supremacia de algum outro princípio envolvido. Nesta hipótese, abdicar-se-á da falha em nome da proteção ao acusado. Ademais, também se aceita o consentimento da vítima com o ato eivado de vício ou até mesmo suprimento da falha pelo representante do Ministério Público como causas que ilidiriam eventual saneamento ou nulidade.

Para alguns autores, seria exatamente neste ponto que seria cabível o conceito de nulidade relativa. Contudo, como já defendido neste trabalho, este conceito é indesejável por criar uma falsa correlação entre a nulidade do ato jurídico e do ato processual,⁴⁸ além de constituir sintoma do sincretismo terminológico, o qual é aqui duramente combatido.

Sem prejuízo da representação do ofendido, o agente acusador deve ter em mente que se pautar em consonância com seus deveres de ofício

reforça as próprias condições de legitimidade do Estado de Direito, entre estas até mesmo a dignidade e proteção do acusado.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, vamos sintetizar em linhas gerais o que foi trabalhado neste ensaio.

Pugnamos que o processo penal de cunho constitucional deve pautar-se pelos ditames do garantismo e da acusatoriedade, de maneira a concretizar os auspícios de uma política criminal de minimalização da violência pública e privada. O processo penal estará investido do dever de efetivar a contenção do sistema penal, haja vista seu caráter de instrumentalidade garantista.

Tais pressupostos teóricos influenciam a teoria do ato inválido, principalmente pela exortação a orientar os requisitos legais à limitação do poder e à salvaguarda do imputado. Ademais, o referencial teórico também insta ao abandono da defesa de forma como valor em si, mas como um instrumento dentro do processo, conferindo uma desburocratização do sistema e uma aproximação dos funcionários ao público que tem o dever de servir, deixando de ser guardiões do sagrado rito.

Pudemos verificar também alguns elementos formadores da cultura judicial de nosso país, constatando, ao menos conforme nossa abordagem, a vigência de um inquisitório reformado, ou, eufe-

48 Ibidem.

misticamente, de um acusatório formal, o qual está indelevelmente arraigado na aplicação do quebrantamento formal, e que se caracteriza pela escrituralização, formalismo e prerrogativas instrutórias aos julgadores. Temos ainda, como agravante, a influência de uma teoria geral do processo civil, que cria paralelos entre o direito privado e o direito processual penal, com a conseqüente aplicação de categorias inadequadas ao processo penal, e que infestam a disciplina do ato inválido.

No segmento propositivo do trabalho, esboçamos a teoria de Binder, a qual foi amplamente detalhada em suas peculiaridades, e que prima – não é demais reiterar –, pela funcionalidade da forma. Esta teoria é tripartite, e tem como função mais magnânima a tutela do acusado, sendo seguida pela concessão de possibilidade de tutela judicial à vítima e pela regulação da atividade do Ministério Público. Sempre que houver contraposição de princípios, prevalecerá a proteção do réu.

Por fim, cumpre dizer que este trabalho apenas objetiva uma ruptura com a tradição sobre nulidades, evitando criar idéias novas sem afastar-se do núcleo princípio lógico da teoria. Isto constituiria um exercício inócuo, vez que se acaba enxergando o novo com a perspectiva velha. A tarefa principal deste articulado é justamente tentar o inédito, sem a preocupação de pormenorizar e implementar a teoria de Binder.

Como diria Couture, é no processo penal onde o indivíduo encontra *a cidadela de sua inocência*. A forma processual é o mecanismo que possibilitará a proteção dos inocentes, e a única maneira de assegurá-la está na estrutura processual criada com este propósito.

Destarte, a relevância deste trabalho está apenas no fomento a novos debates, de modo que se elaborem novas indagações na disciplina, que há tanto tempo se perpetua sem o imprescindível repensar crítico. A propositura de um novo enfoque é o maior contributo de nossa abordagem.

REFERÊNCIAS

- BINDER, Alberto. *Introdução ao direito processual penal*. Trad. de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- _____. *El incumplimiento de las formas procesales: crítica a la teoría unitaria de las nulidades*. Buenos Aires: AD-HOC, 2000.
- CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. São Paulo: Bookseller, 2001.

- CARVALHO, Amilton Bueno e CARVALHO, Salo de. *Reformas penais contemporâneas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CARVALHO, Salo de. A ferida narcísica do direito penal. In: GAUER, Ruth (Org.) *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

- CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre. *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- _____. Glosas a verdade, dúvida e certeza de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. In: SANCHEZ RUBIO, David, HERRERA FLORES, Joaquín e CARVALHO, Salo de (COORD). *Anuário Ibero-americano de direitos humanos* (2001/2002). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, J.N. Miranda (Coord.) *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- DUCLERC, Emil. *Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantias: la ley del más débil*. Traducción Perfecto Andrés Ibáñez. Madri: Trotta, 2001.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3.ed. Rio de Janeiro: Nau, 2003.
- GRINOVER, Ada; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GRINOVER, Ada, FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Nulidades no processo penal*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- MAIER, Julio B.J. *Función normativa de la nulidad*. Buenos Aires: Depalma, 1980.
- MORETTO, Rodrigo. *Crítica interdisciplinar da pena de prisão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MOSSIN, Heráclito Antônio. *Nulidades no direito processual penal*. São Paulo: Atlas, 1998.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- TOVO, Paulo Cláudio. *Nulidades no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Sistemas processuais na América Latina*.

Posicionamentos da Magistratura brasileira sobre a nova *lex mercatoria*

Ben-Hur Rava*
Luciano da Ros**

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é promover um estudo sobre a postura adotada pelo Poder Judiciário brasileiro quando este decide sobre questões relacionadas à internacionalização da economia nacional, mormente ao que se tem convencionado chamar de nova *lex mercatoria*.¹ A reflexão que pauta este estudo é, portanto, diversa das considerações comumente direcionadas às decisões judiciais. O esforço ora empreendido é de traços marcadamente interdisciplinares e valoriza o viés ana-

lítico, em prejuízo daquele dito normativo ou prescritivo. O tema, assim, relaciona-se tanto com as incursões do direito na economia e na política, quanto com o debate sobre a judicialização da política e das relações econômicas no Brasil contemporâneo. Busca-se evidenciar, assim, que alguns tipos contratuais muito específicos, recentemente introduzidos nas práticas econômicas, por estarem identificados com o fenômeno da *lex mercatoria* e da própria globalização da economia, além de possibilitarem uma maior dinamização nas trocas mercantis, também ocasionam

* Professor na Faculdade de Direito São Judas Tadeu, advogado, mestre em Direito pela UNISINOS, doutorando em Ciência Política pela UFRGS.

** Bacharel em Direito. Mestre em Ciência Política pela UFRGS.

1 Trata-se de um conceito histórico que sofreu lenta e gradual evolução no campo do direito comercial. Para se ter um apanhado geral, mas não menos profundo, consulte-se: STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 745-804. São preciosas as contribuições teóricas dadas ao tema por: GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*. *Archives de Philosophie du Droit*, n. 9, p. 177, 1964.

uma nova forma de compreensão do fenômeno jurídico, pelos operadores do direito, em especial os magistrados.

Seguindo este raciocínio, cumpre observar que não raramente, muitas questões que chegam aos tribunais têm características tão marcantes e próprias, que fogem aos limites estritos da técnica jurídica, revelando características tão econômicas e políticas quanto jurídicas. Os temas se confundem, mas essa porção estranha ao direito é freqüentemente negligenciada e o discurso professado pelos operadores do direito acaba dificultando – e por vezes ocultando – a compreensão das reais dimensões do problema discutido.

O presente trabalho versa sobre aquelas situações nas quais o Direito e seus operadores abandonam um linguajar tido por muitos como hermético, formalista e técnico, trazendo para seu universo argumentos que freqüentemente lhe são estranhos, mais afeitos à política e à economia que à ciência jurídica.²

Ora, que o direito e que os tribunais se pronunciem sobre temas políticos, entretanto, não é novidade. Basta ob-

servar qualquer sessão de julgamento do Supremo Tribunal Federal, que se verá um sem número de temas estritamente políticos sendo tratados, desde a relação entre os poderes até ações propostas por partidos oposicionistas como um mero ato retórico de denúncia.³

O que se propõe aqui, contudo, é algo diferente. Trata-se de ver naqueles casos mais corriqueiros, do dia-a-dia dos tribunais de menor envergadura hierárquica, temas evidentemente políticos, que, contudo, não são assim considerados no cotidiano forense. Os casos adotados para fins de análise são a aceitação por parte de tribunais de jurisdição restritamente nacional de contratos veiculados mundialmente, próprios da nova *lex mercatoria*. Entre estes, encontram-se os de *leasing*, *factoring*, *franchising* e *performance bond* e aqueles índices internacionais, como, por exemplo, a taxa *LIBOR* (*London Interbank Offered Rate*).⁴

A situação legal com relação a esses institutos, no país, é bastante variada, uma vez que tais modelos encontram-se dispersos na legislação, havendo

2 Cumpre informar, de início, que o presente artigo não pretende discutir questões relacionadas à análise do discurso ou à hermenêutica jurídica, mas tão-só levantar algumas questões relacionadas à racionalidade material pela qual os magistrados encaram os fenômenos econômicos e sua difusão e repercussão política subjacentes à sua tarefa de dizer o direito.

3 WERNECK VIANNA, Luiz Jorge et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 127.

4 Este trabalho não pretende ingressar na análise legal e sistemática de cada uma dessas modalidades contratuais e suas aplicações práticas. Os contratos aqui mencionados servem como “modelos jurídicos” de uma argumentação retórica sobre o conteúdo mais amplo da própria nova *lex mercatoria*.

uma sistematização normativa rarefeita ou mal articulada com o conjunto do restante ordenamento jurídico.⁵ No caso do contrato de *franchising*, sua regulação já se encontra feita em lei desde 1994, através da Lei n.º 8955/94. Sua situação, em relação aos demais, entretanto, é excepcional. O contrato de *factoring*, por exemplo, não possui lei que o regule especificamente, tendo apenas sua definição sido dada pelo BACEN (Banco Central do Brasil) na Resolução n.º 2144/95. O mesmo ocorre com o contrato de *leasing*, que somente está previsto na lei para fins de tributação, sem ser, contudo, regulado e tipificado, quadro que se assemelha ao do contrato de *factoring*. Já quanto ao *performance bond* e à taxa *LIBOR*, nenhuma regulação há.

Além disso, como é sabido, no caso do Brasil, não há previsão no Código

Civil vigente – e menos ainda no anterior – destes modelos contratuais. Entretanto, cabe considerar que tais contratos têm uso corrente em nosso país, tal como em diversos outros. Cumpre lembrar também que muitos destes outros países que se valem destes contratos igualmente não os têm previstos formalmente em seu ordenamento jurídico. Seu uso diário, contudo, não resta obstaculizado, sendo, em verdade, essencial para a dinâmica econômica protagonizada pelas diversas sociedades que deles vêm se valendo nos últimos anos.⁶

A possibilidade de seu uso rotineiro nas transações econômicas no solo desses países se dá através de dois fatores distintos, mas intimamente relacionados: a) a inserção da economia nacional em um mercado globalizado⁷ e, assim, a adoção, por parte desta, de modelos contratuais uniformemente aplicados

5 A respeito da adequada função e articulação do ordenamento jurídico, consulte-se: BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Torino: Giappichelli, 1960.

6 Estes contratos atípicos, tendo incipiente tratamento legislativo recebem expressa autorização do art. 425 do Código Civil. A doutrina, no entanto, os têm auxiliado na sua caracterização e evolução. Cabe à teoria geral dos contratos dar-lhes uma feição que seja consentânea à regulamentação das formas e relações jurídicas intersubjetivas que decorrem do princípio da autonomia da vontade. Para uma visão geral sobre os contratos atípicos, consulte-se: AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002.

7 Para Ronaldo Macedo Porto Júnior, as principais características atuais do processo de globalização podem ser consideradas as seguintes: ampliação do comércio internacional e formação de um mercado global assentado numa estrutura de produção pós-industrial; homogeneização de padrões culturais e de consumo; enfraquecimento da idéia de Estado nacional em benefício dos agentes econômicos do novo mercado global e formação de blocos comerciais. (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Globalização e direito do consumidor. In: SUNFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. (Org.). *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 225).

em todo o globo, naquilo que se conven-
cionou chamar de nova *lex mercatoria*,
que analisaremos com mais vagar
adiante; e b) a recepção destes modelos
pelo direito nacional, com sua respec-
tiva incorporação ao sistema jurídico de
cada país, que tem um caráter político
óbvio, posto que incorpora um modelo
contratual não previsto pelo legislador.

É a respeito deste último ponto,
especificamente, que se busca refletir.
Sobre estas decisões que fazem valer
um instituto jurídico não previsto na lei
e que não apenas lhe dão validade, mas
também regulam-no e fornecem-lhe
moldes, introduzindo assim, não apenas
um contrato diferente no sistema jurí-
dico de cada país, mas também, e prin-
cipalmente, implementando uma lógica
econômica própria, das quais estes mo-
delos jurídicos são apenas instrumentos.
Ocorre que, quando um julgador dá
validade a um modelo contratual não
previsto no ordenamento jurídico, está,
antes de tudo, dando validade a uma
relação econômica específica, aceitan-
do – e introduzindo em seu país – uma
nova prática mercantil, dando vigência
a um sistema econômico diferenciado,
novo, não anteriormente previsto pelo
legislador. E esta decisão possui traços
que a permitem classificar não apenas
como jurídica em um sentido estrito, mas
também, e sobretudo, como uma
decisão política. Tal decisão usualmente

deveria competir aos Poderes Executivo
e Legislativo e não ao Poder Judiciário,
órgão cuja legitimidade para decidir em
matéria de política econômica, comer-
cial e exterior é bastante questionável.

O viés dessa prática se assenta na
possibilidade de articular o sistema jurí-
dico-político com a estrutura econômica
presente na vida cotidiana, subjacente
à realidade do mercado e de suas rela-
ções com os atores do Estado.

O objetivo, entretanto, não é de-
monstrar que certos magistrados pos-
suem uma vinculação eventualmente
ideológica a esta ou àquela corrente de
pensamento; tampouco se objetiva pro-
mover qualquer espécie de denunciismo.
Não se trata disso. A questão central é
outra. O objetivo é que se perca uma
certa ingenuidade, evidenciando-se que
mesmo temas aparentemente corriquei-
ros resguardam conseqüências que
podem ter um viés político, como é o
caso do pronunciamento da magistra-
tura sobre os contratos e institutos
arrolados acima.

2. AS NOVAS FUNÇÕES DO CONTRATO EM FACE DA MODERNIZAÇÃO JURÍDICO- ECONÔMICA

A figura do contrato, como instituto
jurídico tipicamente voltado à mediação
das ações econômicas,⁸ tem sofrido,

8 Enzo Roppo já afirmara que “[...] o contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas. Donde se conclui que onde não há operação econômica, não pode haver também contrato”. Ver: ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 11.

nestes últimos períodos, diversas alterações em sua morfologia e feições, ainda que sua estrutura básica guarde as principais características.

Assim, a indagação que este estudo propõe é aquela que tem a ver com a função do contrato enquanto “categoria ou modelo jurídico” relacionado com a ordem econômica, diante das exigências do mercado e sua operacionalidade racionalizada e mediada pelo Poder Judiciário. Quais as suas perspectivas e possibilidades (ou limites) de dar efetividade aos contratos internacionais diante da globalização econômica e da atuação do estado nacional?

A noção de contrato pode ser encarada por vários prismas, entre os quais o sociológico, o econômico e o jurídico, sem falar nas perspectivas formuladas pela filosofia. Desde os contratualistas até as concepções tradicionais reconhecidas pelo direito privado através das formulações clássicas e neo-clássicas, que ganharam contornos de validade com a “era das codificações”. Foi com a ênfase do liberalismo econômico, a partir de Adam Smith e do utilitarismo de Jeremy Bentham que o contrato foi erigido a uma condição fun-

cional de instrumento de viabilização das trocas e da circulação da riqueza. O seu período áureo esteve identificado com o liberalismo clássico que o identificava como a mais inequívoca demonstração do princípio da autonomia da vontade.

Com o advento da sociedade moderna, o contrato passou a ser o principal instrumento de atribuição jurídica da vida econômica,⁹ tendendo o seu papel na contemporaneidade a se expandir diante das “novas” funções¹⁰ reservadas à sua atuação frente a uma sociedade pós-moderna e globalizada que prega a volta *incontinenti* de alguns princípios basilares, entre eles o da liberdade e da autonomia da vontade. Alguns autores chegam a falar num possível fenômeno da *contratualização do direito* como uma forma de predominância do direito contratual diante do próprio direito estatal.¹¹

A dinâmica das relações econômicas a partir da segunda metade do século XX oportunizou – ao lado de um incessante debate teórico por parte de economistas e juristas – a aplicação prática das teses formuladas tanto no campo econômico quanto no campo

9 GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. *Direito econômico*. São Paulo: Saraiva, 1977.

10 Basta que se tenham presentes as várias modalidades pós-modernas de contratação aliadas aos avanços tecnológicos que oportunizam o surgimento de várias formas contratuais celebradas pela Internet.

11 Sobre esse argumento consulte-se: LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito do estado federado ante a globalização econômica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 38, n. 151, p. 95-108, jul./set. 2001, Veja-se também, WALD, Arnoldo. A contratualização do direito societário. *Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, n. 3, p. 50-54, jun./jul. 2005.

jurídico. A figura do contrato passou a ter destaque, principalmente no cenário das trocas comerciais.

Para Jacques Ghestin, “[...] o contrato é uma noção jurídica funcional que visa principalmente à troca de bens e serviços. É um acordo de vontades destinado a produzir efeitos jurídicos onde a força obrigatória depende de sua conformidade com o direito objetivo. Deve estar em conformidade com suas finalidades objetivas, o útil e o justo”.¹² Equivale a ser o “[...] instrumento jurídico que possibilita e regulamenta o movimento de riquezas dentro da sociedade”.¹³ Para o professor Ricardo Lorenzetti, acolhendo lição de McNeil, “[...] o contrato é um instrumento para a realização de atividades econômicas [...]”.¹⁴

Cada sistema econômico é capaz de determinar o modelo de contrato que mais se adapta a regular as funções econômicas de produção, circulação,

distribuição e comercialização de bens e serviços.¹⁵ Isso significa que o contrato como situação jurídica destinada à regulação da economia, tem a sua previsão ou pressuposto num sistema de normas jurídicas que se assentam hierarquizadas no ordenamento jurídico. A Constituição, o Código Civil, o Código Comercial, o Código do Consumidor – além de uma série de princípios e normas esparsas – fornecem o embasamento necessário para a operacionalização dos contratos e sua dinâmica entre os agentes econômicos no mercado.

Importa reconhecer que o nosso ordenamento jurídico – recebendo o influxo dos sistemas econômicos – adota o regime da livre iniciativa que está previsto na Constituição Federal, nos arts. 1º, IV e 170, *caput*, com o reconhecimento de que a livre concorrência é princípio geral da atividade econômica, conforme disposto no seu inciso IV.¹⁶

12 GHESTIN, Jacques. Le contrat en tant qu'échange économique. *Revue d'Economie Industrielle*, n. 92, p. 81-100, 2000, Numéro special, Économie des Contrats: Bilan et Perspective.

13 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 36. No mesmo sentido: MARTINS COSTA, Judith Hoffmeister. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 631.

14 LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, v. 1, p. 19.

15 GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos: problemática moderna*. Mendoza: Cuyo, 1996, p. 17-18.

16 Conexo a este princípio de ordem geral está reconhecido o direito à propriedade, previsto na mesma Constituição, nos arts. 5º, XXII a XXVI e 170, II. O art. 524 do Código Civil caracteriza os efeitos gerais do direito de propriedade.

Desse arcabouço constitucional retiraram-se os fundamentos para informar todo o ordenamento jurídico direcionando as normas que visam regular a chamada “economia liberal capitalista,”¹⁷ também chamada de economia de mercado. Há que se reconhecer, no entanto, que com a crescente intervenção do Estado na atividade econômica, a partir das primeiras décadas do século XX, as normas jurídicas passaram, cada vez mais a relativizar o conceito puro de economia liberal, nos moldes concebidos nos séculos anteriores.¹⁸

Assim, o reconhecimento do contrato, como instrumento do direito privado, apto a mediar as transações entre particulares, consagrando aquilo que a livre e autônoma disposição de vontade das partes declarou, torna possível o fun-

cionamento de um sistema econômico, juridicamente reconhecido e integrado, que se desenvolve num *locus* denominado mercado, ainda que *imaginário* como quer Carlos Alberto Gherzi.¹⁹

O marco do direito privado é capaz de apresentar uma série de mecanismos aptos a serem acionados e integrados a determinado sistema econômico. Assim é comum encontrarmos uma rede muito ampla e complexa de processos normativos que tendem a refletir o espírito liberal que é reconhecido e adotado entre nós.

Com a globalização da economia e a crescente expansão dos mercados integrados busca-se uma maior harmonização das legislações com vistas a modelar a noção de contrato em níveis mais amplos.²⁰ Tal necessidade se impõe devido a uma crise na noção de tipos

17 Carlos Alberto Gherzi prefere nominar a economia capitalista de “*economia capitalista de acumulação privada*”, conforme GHERZI, *Contratos...*, p. 18 e seguintes.

18 Miguel Reale cunhou a expressão “social-liberalismo” visando uma distinção face ao neoliberalismo de Friedman e Hayek, dado que estes consideram a justiça social como um termo sem sentido (*meaningless*). Conforme Reale, o social-liberalismo é, em suma *o resultado da convergência entre a herança liberal e a socialista, e, por ser o resultado natural de um processo histórico, surge desprovido de preconceitos e antagonismos abstratos, obedecendo às exigências e conjunturas de cada povo rumo à democracia social.* (cf. REALE, Miguel. *O estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998). A tese é também assumida por: MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo: antigo e moderno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

19 Carlos Alberto Gherzi afirma que o ato econômico é institucionalizado pelo contrato (GHERZI, op. cit., p. 29).

20 Carlos Alberto Gherzi diz: “El derecho – como consecuencia de la economía – se está volviendo cada día más global, quebrando las fronteras nacionales y de esta forma, los sistemas jurídicos de los países comienzan a ser decrecientes por su expansión a la caída de las empresas – de diversa índole verbigracia productora de bienes y servicios o financiera, etc. – hace que estos agentes económicos requieran marcos regulatorios para los mercados cada vez más homogéneos. Esta homogeneidad como sabemos se logra a través de dos mecanismos básicos: la coordinación internacional de normativas básicas

contratuais fechados que foram legados pelos processos de codificação desde o século XIX.

A noção de contratação tradicional, baseada numa matriz racional-individualista foi moldada no período anterior à Revolução Industrial. Por esta perspectiva o contrato assegurava a mediação de troca econômica lastreada num sistema econômico artesanal que atribuía valor a cada objeto produzido individualmente e, portanto, negociado de forma isolada. O incremento da sociedade industrial e o avanço do modo de produção capitalista – associado às novas técnicas²¹ e à criação de um mercado de massas consumidoras – faz com que a contratação tradicional seja substituída por um modelo de contratação onde ocorre a adesão (conforme suas modalidades) dos agentes

econômicos às cláusulas e condições gerais apresentadas pelos empresários²² nos vários negócios jurídicos que se estabelecem.²³

Com o *boom* do capitalismo (industrial num primeiro momento e financeiro, numa etapa posterior) ao longo do século XX, houve um incremento das relações econômicas e contratuais. A criação de novos produtos numa escala de produção ilimitada e o alargamento dos mercados consumidores demonstra que o modelo de contratação tradicional já não é mais suficiente para contemplar todas as modalidades negociais exigidas numa sociedade em contínua e rápida transformação.

Os próprios limites tradicionais do direito civil estão, em verdade, sendo superados pela via econômica, que, em certo sentido, ultrapassa os limites da

o la imposición por organismos internacionales como el FMI o BID, etc. Pensamos que ambas herramientas están en este momento funcionando. Esta internacionalización del derecho es un fenómeno que se ha reforzado a partir de esta década de los 90 y muy especialmente en los mercados financieros, de allí que pensamos que se está gestando un nuevo orden jurídico globalizado. En este sentido los contratantes tampoco pueden obviar el conocimiento al menos en sus reglas elementales del funcionamiento normativo que se va imponiendo”. (Ibidem, p. 28).

21 Ronaldo Porto Macedo Jr. refere: “*O crescimento das estruturas pós-fordistas de organização da produção e circulação de mercadorias é um fenômeno mundialmente reconhecido pela literatura especializada. Diversos têm sido os modelos utilizados para a descrição destas mudanças, como o pós-fordismo, a especialização flexível, a formação de networks produtivas, toyotismo, etc.*”. (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://136.142.158.105/LASA97/portomacedo.pdf>> p. 1).

22 A própria noção de “empresa” e “empresário” se afirma com o modo de produção capitalista. A esse respeito consulte-se GALGANO, Francesco. *Las instituciones de la economía capitalista*. Barcelona: Ariel, 1990.

23 GHERSI, *Contratos...*, p. 31 et seq.

própria atividade política.²⁴ Diante do alargamento das fronteiras nacionais e da formação dos blocos econômicos regionais ou globais, a própria noção tradicional de soberania passa a ser flexibilizada,²⁵ o que é expresso inclusive pelo diagnóstico da ascensão de uma nova *lex mercatoria*. Tanto isso é verdade que começa a existir uma preocupação com a inter-relação de modelos jurídicos e negociais capazes de oferecer uma certa homogeneidade e facilidade de assimilação e integração dos sistemas jurídicos.

Pode-se dizer que nas últimas três décadas o conceito de contrato tornou-se fundamental para compreender a análise econômica do direito.²⁶

Nessa perspectiva, o surgimento de novos direitos contratuais pode destacar, no cerne do núcleo do conceito de contrato a própria noção de economicidade que o anima, vinculando-o a determinado modelo econômico da época em que se forma.²⁷ Na perspectiva do

sistema capitalista as transações econômicas são concebidas para gerar valor (trabalho, renda, produção, excedente, lucro) e é através do contrato que este valor é transferido de um para outro particular.²⁸

Ricardo Lorenzetti atribui ao contrato dois aspectos relacionados com o tipo contratual: a estrutura e a função. O primeiro aspecto é fornecido pela regulação de cada modalidade contratual (parte especial) de acordo com sua conformidade ao estabelecido na parte geral. O segundo aspecto – a função – se traduz da seguinte forma: “A função descreve a finalidade prático-jurídico-econômica que se requer do contrato, isto é, a denominada causa objetiva ou econômico-social”.²⁹

Para novos tempos, novos instrumentos capazes de responder às crescentes necessidades econômicas e sociais. Os contratos eletrônicos e os contratos relacionais são exemplos de situações novas que vieram com a globali-

24 FERRI, Giovanni B. La ‘cultura’ del contratto e le strutture del mercato. In: AL'EUROPE du troisième millénaire: mélanges offerts à Giuseppe Gandolfi : à l'occasion du dixième anniversaire de la fondation de l'Académie. [s.l.]: [s.n.], 2004, v. 1, p. 385-416.

25 Ver: BERARDO, Telma. Soberania: um novo Conceito? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 40, p. 26-29, jul./set. 2002; MCGREW, Anthony. “A global society?” In: HALL, Stuart; HELD, David; MCGREW, Antony. *Modernity and its futures*. Cambridge: Polity, Open University, 1992.

26 São representativos da vasta bibliografia disponível: COOTER, Robert; ULEN Thomas. *Law and economics*. [s.l.]: Addison Wesley Longman, 2000; POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. Aspen, 2002 e SHAVELL, Steven M. *Foundations of economic analysis of law*. Harvard: Belknap, 2004.

27 MARQUES, *Contratos...*, p. 35.

28 GHERSI, op. cit., p. 30.

29 GHERSI, *Contratos...*, p. 20.

zação da economia. Os primeiros porque associados às novas tecnologias que imprimem um ritmo variado e desconcertante nas transações, onde a virtualidade e o *real time* são condições de sua própria existência. Os outros, devido ao aumento crescente das relações de consumo que se tornaram massivas e necessitam de uma continuidade, para tornar os seus consumidores cativos das necessidades que foram criadas pela mídia, pelo *marketing*. São contratos que oportunizam a múltipla variação das condições e dos modos de prestação. Como diz o próprio Macedo Júnior, “a própria possibilidade do estabelecimento de um standard objetivo e prefixado para o reajuste, tal como formalizado pela teoria neoclássica, começa a se demonstrar insuficiente em face do aumento expressivo do grau de contingencialidade e variação dos termos das relações contratuais”.³⁰

As novas modalidades e figuras contratuais com certeza serão objeto de análise detida por parte do Poder Judiciário que acompanhará os seus desdobramentos conceituais e operacionais dando-lhes interpretação consentânea com a realidade política e econômica na qual se inserem e de acordo com a função ao qual estão comprometidos.

A incidência cada vez maior de operações econômicas globais – fluidas e dinâmicas – oportunizou uma diversidade muito grande de novos modelos

contratuais que fogem às concepções clássicas forjadas ao longo dos séculos.

A noção de sociedade multifacetária, apoiada em níveis tecnológicos e informativos (o que convencionou chamar-se de *sociedade da informação*) cada vez mais crescentes que garanta altos níveis de produção capitalista dirigida à satisfação de massas consumidoras em diversos setores, faz com que novos instrumentos contratuais surjam para assegurar maior dinamidade nas trocas mercantis.

Neste particular a economia e a sociologia têm sido instrumentos úteis no auxílio da análise jurídica para compreender este fenômeno que atinge o cerne da dinâmica e mudança dos mercados (isolados ou integrados).

Os mercados são redes complexas que estabelecem e ressaltam as contradições existentes nas estruturas sociais, de acordo com o modo de produção capitalista presente nas sociedades industriais. Para Ronald Coase “os mercados são instituições que existem para facilitar o intercâmbio, isto é, existem para reduzir os custos, o que implica a realização das transações”.³¹ Nesse sentido está presente uma valoração econômica das trocas que alicerça todo o mercado, enquanto instituição.

Os mercados centralizam uma série de processos de produção, distribuição e consumo de bens e serviços de toda ordem, direcionados à satisfação indivi-

30 MACEDO JÚNIOR, Globalização..., p. 233.

31 COASE, Ronald. *La empresa, el mercado y la ley*. Madrid: Alianza, 1994, p. 14.

dual e coletiva, devem existir mecanismos hábeis a estipular controles que possam estar a serviço de um interesse mais amplo como o da própria sociedade.³² Que mecanismos de controle podem ser estabelecidos sobre o mercado? De que modo o Direito pode flexibilizar a dinâmica ortodoxa dos mercados para torná-los mais “sociais” ou “abertos” a uma função social? Mecanismos que ofereçam condições de controle sobre o mercado. Um controle social e racional capaz de afirmar uma nova sociabilidade que afirme a liberdade de cada indivíduo e dos grupos e não somente a propriedade de poucos.

Toda a atividade interventiva do Estado, no modelo capitalista, pressupõe a utilização de um arcabouço jurídico-formal para controlar e legitimar as opções e medidas de regulação

dos mercados.³³ Esse fato é reforçado pelo caráter mutável e transformador dos mercados como condição de competitividade e lucro para garantir o processo de acumulação do capital.

Por outro lado, há uma inovação cada vez maior na produtividade industrial que busca na competitividade das empresas formas de rentabilidade e lucro. Fala-se, no âmbito da ciência econômica, com repercussões jurídicas na teoria da firma³⁴ que apresenta as características de desenvolver uma série de transações econômicas diversificadas tanto nacional quanto internacionalmente, amparadas em uma diversidade de contratos de longa duração, como são os exemplos fornecidos por Ricardo Lorenzetti,³⁵ Cláudia Lima Marques³⁶ e Ronaldo Porto Macedo Júnior³⁷ das *networks* ou redes contratuais.³⁸

32 Interessante consultar a seguinte obra: NUSDEO, Fábio. *Fundamentos para uma codificação do direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

33 NUSDEO, *Fundamentos...*, p. 116 et seq.

34 A este respeito, consulte-se o texto já clássico: COASE, Ronald. The nature of the firm. *Economica*, 4, 1937.

35 LORENZETTI, *Tratado de los...*

36 MARQUES, *Contratos...*

37 MACEDO JÚNIOR, *Globalização...*

38 As chamadas “redes contratuais” são aquelas que têm no contrato o instrumento apto a servir de “conexão”, operações jurídicas objetivando a realização de operações econômicas as mais variadas como as relações de consumo entre grupos de fornecedores e consumidores, as relações inter-empresariais que incluem redes associativas e cadeias contratuais e de terceirização (LORENZETTI, op. cit., p. 43). O mesmo Lorenzetti conclui: “as redes são possíveis, entre outras coisas, pela crescente homogeneidade global dos padrões de produção e de consumo” (Ibidem, p. 42). Junto à noção de redes contratuais está presente a noção de complexidade que alimenta o sistema. Esta complexidade está conectada ao nível de massificação do consumo que necessita de uma rede de contratos capazes de dar vazão aos interesses privados em jogo. A teoria das redes contratuais

3. A NOVA *LEX MERCATORIA* E SEUS INSTITUTOS

Cada vez mais as relações entre Direito e Economia³⁹ tendem a se estreitar. Este estreitamento é diretamente proporcional ao nível acelerado do processo de internacionalização da economia que, a cada momento, cria novas condições de análise e da dinâmica capitalista.

Se os fenômenos econômicos têm sido rápidos e constantes, com mutações e adaptações a dadas realidades, o mesmo não se pode dizer do Direito. Pela sua característica formal e de ser um instrumento à garantia da estabilidade social, o Direito tem-se deparado com algumas dificuldades de encontrar “novas saídas” ante “novas realidades” econômicas. Tais dificuldades se dão não só no momento da produção do Direito, como também na sua consolidação através da aplicação e interpretação das normas jurídicas. O raciocínio jurídico-institucional tem sido relativa-

mente lento em face da dinâmica econômica operada pelo mercado.⁴⁰

Falar sobre uma *nova lex mercatoria* pressupõe, obviamente, a existência de uma *antiga lex mercatoria*, ou seja, um exemplo histórico pretérito a que remeta a prática atual, extraindo deste o seu significado e buscando-se nele o nome para o fenômeno recente. Como ensina Francesco Galgano, esta “expressão tem origem culta: quer aludir ao renascimento, na época moderna, de um direito tão universal quanto foi o direito dos mercadores medievais”.⁴¹ Aqui, vale lembrar, antes de tudo, a lição do referido mestre italiano, para quem a característica central do *ius mercatorum* é o particularismo.⁴² Assim, tem-se o seguinte: “É, na origem, o *ius mercatorum* ou *lex mercatoria*, e é tal não só porque regula a atividade dos mercadores, mas também, e sobretudo, porque é direito criado pelos mercadores, que nasce dos estatutos das corporações mercantis, do costume mercantil, da jurisprudência da

encontra respaldo na base dos chamados contratos relacionais que teve início no sistema de *common law*. Os contratos relacionais compreendem duas situações simultâneas: os vínculos de longa duração e as redes contratuais.

39 GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 44-59.

40 FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1998. Ver também: FARIA, José Eduardo. *Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000.

41 GALGANO, Francesco. La nuova lex mercatoria In: *Atlante di diritto privato comparato*. Bologna: Zanichelli, 1995, p. 42.

42 GALGANO, Francesco. Lex mercatoria. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 129, 2003, p. 224.

corte dos mercadores. É *ius mercatorum*, diretamente criado pela classe mercantil, sem mediação da sociedade política, imposto a todos em nome de uma classe, não já em nome da inteira comunidade [...].”⁴³ Tem-se, desta forma, um direito com aspirações de autonomia, sendo esta autonomia aqui entendida no sentido de uma liberdade positiva coletiva,⁴⁴ um reger-se a si próprio no qual tanto os destinatários das normas quanto os elaboradores dessas mesmas normas se confundem, são a mesma pessoa ou, no caso em tela, o mesmo grupo de pessoas – os mercadores. Um direito criado *para e pelos* mercadores dentro de uma lógica própria avessa à mediação política e aos estados nacionais, voltado essencialmente para um fenômeno econômico em constante expansão. Um direito, portanto, sempre “aberto às exigências da uniformidade internacional”.⁴⁵ Podemos, assim, entender a nova *lex mercatoria* à semelhança de sua predecessora, como “[...] um direito com caráter meta-nacional, cujo raio de ação tende a coincidir com os mercados internacionais”.⁴⁶ Desta maneira, o que se tem é um direito que pretende ser aplicado de modo praticamente idêntico em todos os cantos do mundo.

O que não se pode perder de vista, entretanto, a despeito da uniformidade

jurídica, é a uniformidade econômica que a causa e acompanha. Unidade econômica essa que toma corpo a partir de um determinado modelo econômico que busca sua expansão (e que gerou sua hegemonia), e que se coloca diante de cada economia nacional como uma “alternativa” – por vezes irrecusável e irresistível – aos modelos preconizados por cada sociedade política nacional. Entretanto, essa universalidade de um mesmo sistema jurídico e econômico não é obtida somente através da celebração, por parte do Poder Executivo, de tratados internacionais. Lembra-nos mais uma vez Francesco Galgano:

O que domina a cena jurídica do nosso tempo não são as convenções internacionais de direito uniforme, nem são, no âmbito europeu, as diretivas comunitárias de harmonização do direito dentro da União. O elemento dominante é, muito antes, a circulação internacional de modelos contratuais uniformes. São, no mais das vezes, contratos atípicos: quem os cria não são os legisladores nacionais, mas são os departamentos jurídicos das grandes multinacionais, são os consultores das associações internacionais de diversas categorias empresariais. O seu nome, que é quase sempre um nome em inglês, testemunha a origem americana desses modelos; mas do país de origem leasing, franchising, performance bond, etc. são

43 Ibidem, p. 224.

44 Esta tipologia foi adotada a partir daquela elaborada em: BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. São Paulo: Ediuoro, 2000.

45 GALGANO, *Lex mercatoria*..., p. 225.

46 GALGANO, *La nuova*..., p. 42.

*propagados para todo o planisfério. Eles não têm nacionalidade: a sua função é a de realizar a unidade do direito dentro da unidade dos mercados.*⁴⁷

Ralf Dahrendorf salienta que “a nação-estado era também um veículo necessário para o estabelecimento do contrato moderno no lugar da servidão feudal”.⁴⁸ Nada mais correto. O estado nacional e a sua continuidade jurídica interna – substituindo a descontinuidade formada pela fragmentação feudal de outrora – é um instrumento necessário à concretização da idéia de contrato, o instrumento burguês por excelência das trocas econômicas. Assim, tem-se o estado-nação como sendo nada muito diferente de uma função da idéia de contrato, tendo ele próprio, na visa moderna, se originado em um grande contrato social, como descreveram Hobbes, Rousseau e Kant, entre outros. Observa-se que essa continuidade jurídica interna – que encontra seu apogeu com o período das codificações – somente pode ser entendida desejável enquanto as vias comerciais não ultra-

passarem o âmbito destes estados nacionais. Uma vez superada pela via econômica essa barreira outrora intransponível, grande parte da função legislativa para a qual nasceu o estado nacional, também se torna dispensável. Dito de outro modo: tendo nascido o estado nacional em grande medida para monopolizar a produção legislativa⁴⁹ num dado contexto territorial para dar-lhe uniformidade às práticas econômicas e jurídicas, e uma vez sendo ampliada a abrangência dessas relações econômicas, que se buscam uniformes, para além dos limites dos estados nacionais, por óbvio a produção legislativa escapa ao domínio do estado, sendo muitas vezes imposta a ele de fora, visando inserir-lhe num dado novo modelo econômico uniforme, do qual ele não seja mais o protagonista, mas sim apenas mais um participante.

É este o quadro atual, especialmente se considerarmos a uniformidade contratual a que Francesco Galgano se referiu anteriormente, já que estes contratos buscam regular um sistema econômico uniforme, sendo eles gerados

47 GALGANO, Francesco. Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio. *Contrato e Impresa*, Padova, v. 17, n. 1, 2000, p. 199.

48 DAHRENDORF, Ralf. *O conflito social moderno: um ensaio sobre a política da liberdade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar; 1992, p. 44.

49 O monopólio legislativo dos estados nacionais, em verdade, pode ser visto como uma função de outro monopólio, ou pretensão monopolística, do Estado Nacional, qual seja, aquele que recai sobre o controle legítimo dos meios de coerção na ordem interna de um dado território, conforme a formulação clássica weberiana: WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 2004, p. 55-57. Sobre os monopólios legislativo e jurisdicional como funções da reivindicação do monopólio legítimo da coerção por parte de estados nacionais, ver: TILLY, Charles. *Coerção, capital e estados europeus*. São Paulo: Ed. USP, 1996, p. 157-158.

não no interior dos legislativos nacionais, mas sim no mercado internacional, dispostos a uma aplicação idêntica no mundo inteiro. Entretanto, é oportuno observar que a gestação desses modelos contratuais é um momento que se difere da sua aplicação e, mais precisamente, de sua aceitação pelos diversos sistemas jurídicos nacionais. Trata-se, como já dito, de um momento diverso e é justamente para esse procedimento que o presente texto se volta agora.

4. A JURISDIÇÃO DIANTE DOS CONTRATOS DA NOVA *LEX MERCATORIA*

Aludindo à uniformidade contratual provocada pela nova *lex mercatoria*, salientou Francesco Galgano: “Um primeiro terreno sobre o qual o fenômeno se manifestou é o da jurisdição. À escassa propensão dos legisladores nacionais à integração internacional do direito contrapõe-se uma diferente postura dos juízes, os quais tendem a fazerem-se *órgãos* de uma sociedade civil internacional integrada”.⁵⁰ Assim, podemos entender que as decisões que dão receptividade interna, nacional, aos contratos de *leasing*, *franchising*, *factoring*, etc. vêm sendo capitaneadas não pelo Poder Legislativo, a quem incumbiria a criação ou aceitação de novos tipos contratuais no ordenamento jurídico, mas sim pelo Poder Judiciário, que seria originalmente encarregado apenas de

verificar sua regularidade de acordo com os padrões determinados pelo legislador. O papel da magistratura, assim, parece assumir uma feição diversa daquela para a qual nasceu. No momento em que decide sobre a validade de um modelo contratual uniformemente aplicado em grande parte do planeta, não está o julgador simplesmente verificando a sua regularidade, uma vez que praticamente inexistente marco legislativo para basilar tal julgamento. Naquele dado instante, o julgador decide não apenas se o modelo contratual atípico em questão está de acordo com as cláusulas gerais que postula o ordenamento jurídico, mas decide, principalmente, se o país a que pertence se insere ou não em determinadas práticas econômicas internacionais, até então estranhas ao seu país. E esta decisão obedece também – e provavelmente de modo determinante – a critérios de racionalidade política, não necessariamente a critérios exclusivos do mundo jurídico. Voltemos a Francesco Galgano:

Postura análoga encontra-se quando se trata de julgar sobre a validade dos contratos atípicos de grande difusão internacional. Aqui o juízo de mérito dos interesses perseguidos, exigido pelo direito interno, é influenciado pela uniformidade internacional do modelo contratual. Conquanto o juiz deva, a rigor, exprimir esse juízo com base em seu ordenamento, ele hesita em julgar

50 GALGANO, *Diritto...*, p. 200.

*inválido com fundamento nesse ordenamento, um modelo contratual em todo lugar reconhecido como válido. Ele está consciente do isolamento econômico no qual, de outro modo, colocaria o próprio país no contexto dos mercados internacionais; será levado a exprimir o juízo de mérito não em respeito unicamente ao ordenamento interno, mas com referência aos princípios aceitos nas 'nações de cultura afim': o que é válido em todas essas nações não pode não ser válido na nossa nação.*⁵¹

O Judiciário leva em consideração, assim, critérios de racionalidade afeitos à política: interação estratégica com vistas à racionalidade de outros atores, no caso, as pressões do mercado mundial, externas e internas, que forcem o país adotar uma dada postura no cenário internacional.⁵²

Nesse contexto, a posição em que se vê inserido o Poder Judiciário não difere muito daquela em que acaba também ficando o Poder Legislativo diante das negociações feitas, no plano internacional, pelo Poder Executivo, que envolvem matéria de política comercial e econômica. Uma vez sinalizada para o mercado mundial a postura que a nação adotará – o que geralmente é feito somente pelo Executivo, que mono-

poliza a política exterior – ficam os demais atores da política interna condicionados – e por vezes forçados – a aceitar e a implementar essa política, mesmo que isso implique em um choque com o ordenamento jurídico e com a correlação de forças vigente no interior do país. Estudando as relações recentes entre os Poderes Executivo e Legislativo brasileiros no que concerne à política de comércio exterior, Fabiano Santos concluiu:

*Ele [o Presidente da República] toma a decisão em fóruns internacionais, negociando acordos multilaterais ou bilaterais com parceiros comerciais, ou reduzindo unilateralmente as tarifas de importação de produtos estrangeiros. Quando isso ocorre, a posição do país já está de alguma maneira comprometida. Vale dizer, caso o Congresso rejeite o acordo [...] é bem provável que o país incorra nos custos decorrentes de sanções comerciais impostas pelos parceiros comerciais dominantes. Parte dos legisladores tentará de todo modo evitar este resultado, ratificando finalmente o acordo firmado pelo presidente no início do jogo.*⁵³

Tais afirmações não diferem em nada praticamente daquilo que ocorre com o Judiciário. Diante de um contrato com claras origens estrangeiras, o julgador

51 Ibidem, p. 201.

52 O conceito de interação estratégica, bem como o de racionalidade, que o integra, foram extraídos de: REIS, Fábio Wanderley. *Política e racionalidade: problemas de teoria e método de uma sociologia crítica da política*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000, p. 68-89.

53 SANTOS, Fabiano. *O poder legislativo no presidencialismo de coalizão*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2003, p. 154.

já se encontra condicionado a sinalizar com sua validade, mesmo que implicitamente. E a aceitação do referido tipo novo de contrato pelo direito interno acaba sendo feita via magistratura, antes mesmo de sua incorporação formal ao sistema jurídico, o que, muitas vezes, sequer acaba acontecendo.

Pode-se aventar, portanto, outra hipótese: não há carência de mediação por parte da sociedade política quanto à nova *lex mercatoria*, mas sim um excesso de concentração dessa mediação nas mãos dos atores executivos nacionais que agem internacionalmente, mormente os Poderes Executivos e os Bancos Centrais (corroborando, deste modo, a tese do advento da assim denominada “tecnodemocracia”⁵⁴). Seja como for, o que se quer ressaltar é que, independentemente de ter sido professada pelo Legislativo, pelo Executivo ou pelo Judiciário, a decisão possui uma natureza que dificilmente escapa ao mundo político, uma vez que envolve

manifestar-se sobre a inserção ou não do país em uma determinada lógica econômica internacional. E o que vem ocorrendo, no mais das vezes, é que o Poder Executivo alinha a nação no plano externo com relação a uma dada política econômica, restando aos demais atores internos – Poderes Legislativo e Judiciário – a responsabilidade de implementar essa nova diretriz, cabendo a eles a responsabilidade pelo eventual custo de rejeitar essa política por se chocar ela com a correlação interna de forças – Poder Legislativo – ou com o ordenamento jurídico – Poder Judiciário.⁵⁵ Trata-se, portanto, de considerar estrategicamente a posição dos demais atores internacionais e as consequências que isso traria ao país. Validar ou não um contrato dessa *rationale* econômica é uma decisão tão política quanto a que toma o Poder Legislativo validando um acordo internacional feito pela chefia de Estado, muito embora o âmbito da atuação seja verdadeiramente diverso.⁵⁶

54 GALGANO, *Diritto...*, p. 203.

55 A lógica do custo da rejeição após a sinalização de um compromisso gerador de consequências concretas também é empregada para explicar a força das Medidas Provisórias à disposição do Presidente da República no Brasil. Sobre isso, ver: FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Executivo e legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: FGV, 1999, p. 26.

56 Tratar-se-ia de verificar que o Poder Judiciário não julga somente com base em critérios estritamente legais, aventando também as possíveis consequências do que for decidido, em um argumento que poderia ser classificado como *consequencialista*: ATIENZA, Manuel. *As razões do argumento*: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2002, p. 193-196. Em teoria dos jogos, dir-se-ia que o julgador, por assumir uma posição aparentemente sub-ótima, é um jogador que atua em múltiplas arenas: TSEBELIS, George. *Jogos ocultos*: escolha racional no campo da política comparada. São Paulo: Ed. USP, 1998, p. 17-25.

Não é isso que se alega, entretanto, quando o Poder Judiciário se volta para analisar a aplicabilidade de contratos como os arrolados anteriormente. De praxe, a argumentação restrita ao linguajar jurídico é o que prepondera. Decide-se sobre elementos da inserção ou não do país no mercado internacional e as conseqüências que isso poderia ocasionar para a economia nacional, mas raramente se utilizam estes argumentos para fundamentar o decidido, muito embora sejam justamente eles os pontos a serem observados. Na verdade, como lembra mais uma vez Francesco Galgano, o que se alega para a aceitação destes contratos é a força da autonomia da vontade de que dispõem os contratantes, presente na imensa maioria dos sistemas jurídicos.⁵⁷

5. POSSIBILIDADES DE ACEITAÇÃO DOS CONTRATOS DE UNIFORMIDADE INTERNACIONAL PELO PODER JUDICIÁRIO

Para uma compreensão mais adequada do tema pode-se, assim, delinear três possíveis comportamentos típicos ideais através dos quais os judiciários

nacionais aceitam, no plano interno, um contrato internacionalmente uniforme:

- a) *aceitação explícita*: o julgador se vale de critérios políticos e econômicos, assumindo francamente as reais implicações de sua decisão, valendo-se desses argumentos para dar validade ao modelo contratual, analisando os possíveis efeitos econômicos e políticos de sua decisão no contexto geral do país;
- b) *aceitação explícita mista*: ao lado da fundamentação político-econômica, o julgador se vale de critérios jurídicos, alimentando o discurso professado pelo Direito no que concerne à autonomia contratual;
- c) *aceitação jurídica*: o julgador analisa sua decisão sob a ótica estritamente jurídica, considerando válido o contrato por força dos princípios e regras de seu próprio ordenamento jurídico, mormente a vinculação da declaração de vontade. Trata-se de perceber, em verdade, um *continuum* entre o que se poderia chamar de *argumentação política*, que centra seu objeto em juízos de fato sobre as relações econômicas entre os povos e os vê como prepotentes ao direito interno, e a argumentação jurídica, tradicional, que atenta para a legislação interna e para os princípios gerais do direito mo-

57 “A moderna *lex mercatoria* não é, provavelmente, senão, prática contratual internacionalmente uniforme. Do fato de ser internacionalmente uniforme decorre para ela uma notável força persuasiva sobre os juízes nacionais: mas ela permanece sempre prática contratual, vinculante dentro de cada Estado em virtude dos princípios que atribuem efeitos vinculantes aos contratos”. (GALGANO, *La nuova...*, p. 44).

dermo, aceitando o tipo negocial pelas soluções que o próprio Direito permite.⁵⁸

A atividade interventiva do Estado, no modelo capitalista, pressupõe a utilização de um arcabouço jurídico-formal para controlar e legitimar as opções e medidas de regulação dos mercados.⁵⁹ Esse fato é reforçado pelo caráter mutável e transformador dos mercados como condição de competitividade e lucro para garantir o processo de acumulação do capital. Em que medida os interesses econômicos expressos na dinâmica do mercado podem ser decisivos para moldar os rumos da sociedade contemporânea?

A partir da fixação da noção de Constituição econômica foi possível elaborar um modelo institucional que passou a consolidar a experiência intervencionista nos Estados contemporâneos, cabendo ao Poder Judiciário, paulatinamente, ser chamado a manifestar-se sobre a validade dos argumentos jurídico-econômicos levados à sua apreciação. No entanto, as *opções* políticas estão sempre presentes no argumento e no discurso de quem está fadado a *dizer o direito*. Isso para que sejam mantidas as *regras do*

jogo, com a perspectiva da estabilidade institucional.⁶⁰ Mesmo um mínimo de regras, constituindo um quadro jurídico-normativo que assegure o funcionamento do mercado é indispensável. Nos países de democracia recente a afirmação de que é necessário um quadro jurídico institucional (via de regra, através da Constituição) faz com que se legitime, ao menos aparentemente, as mudanças na ordem econômica.

Assim delineados os tipos-ideais de decisões acerca da aceitação dos contratos uniformemente internacionais no cenário nacional, pode-se passar a uma análise mais acurada do comportamento do Poder Judiciário brasileiro quanto a esses negócios jurídicos.

6. POSICIONAMENTOS DA MAGISTRATURA BRASILEIRA

Como parece óbvio, a magistratura brasileira não se encontra fora deste contexto, mas apresenta suas particularidades, uma vez que o comportamento freqüente e dominante da jurisprudência brasileira parece destoar daqueles propostos anteriormente.⁶¹ Ou

58 Tais categorias analíticas não foram extraídas de alguma obra que trate de forma sistematizada sobre o tema, sendo antes uma construção realizada pelos autores a partir daquilo que anteriormente foi descrito sobre a confrontação das diversas magistraturas nacionais ante o fenômeno recente da nova *lex mercatoria*.

59 MONCADA, Luis Cabral de. *Direito econômico*. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 26.

60 Sobre estabilidade institucional através de regras que são editadas, arbitradas e cumpridas (*self enforcing*), consulte-se NORTH, Douglass. *Institutions: institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University, 1990.

61 As conclusões aqui apresentadas foram extraídas da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ), dos Cinco Tribunais Regionais Federais (TRF's) e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) e, assim, não são, nem pretendem ser, exaustivas sobre o tema.

seja, vendo-se o que os magistrados brasileiros decidiram acerca da aceitação interna dos contratos de *leasing*, *franchising*, *factoring*, *performance bond*, o que se obtém é um padrão distinto. A aceitação desses contratos no Brasil parece não se dar através de procedimentos como a *aceitação explícita*, a *aceitação mista* e a *aceitação jurídica*, mas sim pelas vias daquilo que poderia ser chamado de *aceitação implícita*, caso no qual o julgador, ao se comparar com um contrato novo como estes, ignora a novidade que este contrato atípico representa, considerando-o como se já tivesse sido aceito em seu país. Não há, portanto, um julgamento acerca da validade, da aceitação ou não, daquele dado contrato por parte do país em que se julga. O que se apresenta são casos em que a magistratura julga *sobre* esses contratos, atendo-se a julgar requisitos formais de adequação do contrato, como se já houvesse uma regulação a seu respeito, como se eles já estivessem previstos no ordenamento jurídico.

Alguns exemplos servem para melhor ilustrar o alegado.

O contrato de *franchising* (ou contrato de franquia) se encontra regulado pela Lei n.º 8955, desde 15.12.1994 e não haveria, portanto, que se falar em uma regulação anterior a esta data, uma vez que a lei específica determinou seus requisitos essenciais somente a partir de então. Entretanto,

observando a jurisprudência do hoje extinto Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul, encontra-se um julgado que menciona este modelo contratual, fazendo-lhe análise dos seus requisitos de validade antes da vigência da referida lei. O julgado – e lembre-se, em segunda instância, o que atesta a celebração do contrato tempo significativamente anterior ao do julgamento – data de 31.05.1994 e é, como se vê, anterior à lei que regulamenta o *franchising* no Brasil.⁶² Neste julgado, inexistente menção ao fato de não haver aquele dado contrato em nosso sistema jurídico, e a análise se limita aos requisitos contratuais de validade, aceitando-o como válido e vigente em nosso sistema jurídico *ex ante*, sem qualquer consideração quanto a isso pelo julgador.

Nos demais casos isso se torna provavelmente mais flagrante, dada a ausência, ainda hoje de regulação quanto a esses negócios. Salvo o caso do contrato de franquia (*franchising*), cuja lei o define e regula, a previsão destes contratos, geralmente, se encontra feita na legislação, mas tão só para fins tributários e o que se define geralmente é um conteúdo mínimo, bastante limitado. O caso do contrato de *performance bond*, por exemplo, torna ainda mais claro o modelo proposto de “aceitação implícita”, uma vez que se decide sobre a sua validade sem sequer haver a referida definição do que seja tal con-

62 Trata-se aqui do RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Alçada. Nona Câmara Cível. Recurso de Apelação Cível n.º 194050779. Relator João Adalberto Medeiros Fernandes.

trato, nem mesmo para os aludidos fins tributários. Mesmo o STJ já se pronunciou sobre a validade e a regularidade de dois desses contratos sem que haja qualquer marco legal a respeito deles.⁶³

O mesmo se dá com o contrato de *leasing*, com a diferença de que ele está definido em lei para fins fiscais, tendo, contudo, centenas, senão milhares de processos a seu respeito no Brasil inteiro, não havendo, entretanto, nada que o regule e que determine seus contornos legais. Já o contrato de *factoring* também se encontra definido pela lei, sem que haja sua regulação mais precisa. Na verdade, a sua definição já foi feita em dois momentos, encontrando-se tanto na Lei n.º 8.981/95, que – novamente – tem fins tributários, e na Resolução 2144/95 do BACEN, que lhe dá caráter de atividade comercial e não financeira.⁶⁴ Ressalte-se que essa regulação feita pela autoridade monetária corrobora a tese de que os bancos centrais são cada vez mais os protagonistas de um novo e cada vez mais presente cenário, que anteriormente foi denominado *tecnodemocracia*.

Interessante é observar algo mencionado ao início deste texto. A chamada taxa *LIBOR* (*London Interbank Offered Rate*) é uma taxa preferencial

de juros oferecida para grandes empréstimos entre os bancos internacionais que operam com euros e dólares, taxa esta que varia de acordo com o mercado internacional. A taxa *LIBOR* é geralmente a base para outros grandes empréstimos em euros e dólares a empresas e instituições governamentais com avaliação de crédito inferior, vistas como vulneráveis, inseguras ou não confiáveis. Segundo essa definição, portanto, um país de Terceiro Mundo pode ser obrigado a pagar um ponto acima da taxa *LIBOR* quando contrair empréstimos. Convém observar que a jurisprudência brasileira vem dando aplicabilidade a esta taxa, não a considerando estranha aos índices aqui comumente praticados, sendo vista como decorrente de um percentual flutuante, não uma imposição do credor ao devedor, desde que devidamente ajustada entre as partes. A jurisprudência do STJ já se pronunciou neste sentido.⁶⁵ Como se observa, ali não há o que anteriormente foi denominado aceitação implícita, mas sim uma aceitação jurídica, posto que o decidido se funda essencialmente na validade da declaração das vontades dos acordantes.

Com isso, pode-se observar que o padrão de comportamento da magistra-

63 Trata-se dos BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recursos Especiais nº 476.450. Relator: Luiz Fux. e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº 251.438, Relator: Barros Monteiro.

64 Trata-se de conclusão extraída do julgamento do BRASIL Tribunal Regional Federal 2ª Região. Primeira Turma. Mandando de Segurança nº 9902288090. Relator: Ricardo Regueira.

65 Trata-se dos BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº 11.593. Relator: Barros Monteiro. e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº 164.929, Relator: Sálvio de Figueiredo Teixeira.

tura brasileira é o seguinte: não se declarar politicamente mesmo quando assim se decide. Aceitação *implícita* ou *jurídica* – nos termos utilizados aqui – seja como for, a magistratura brasileira parece ser avessa a se declarar como um agente político, mesmo quando assim age. No mais das vezes, quando a magistratura brasileira lança mão de argumentos não jurídicos em temas afeitos a este, o faz em prol da situação de fato gerada pela inserção econômica internacional do país, desfavorecendo o sistema jurídico pátrio. Dois exemplos podem ser extraídos diretamente da jurisprudência. O primeiro remete novamente a um julgado do STJ no qual os atos de soberania são equiparados aos fatos da conjuntura internacional para fins de aplicação do direito, considerando-os fontes equivalentes de direito.⁶⁶ Argumento semelhante se verifica em outro julgado do STJ, cujo trecho se encontra a seguir: “Sendo o princípio da não-discriminação tributária adotado na ordem interna, deve ser adotado também na ordem internacional, sob pena de desvalorizarmos as relações internacionais e a melhor convivência entre os países”.⁶⁷ Podemos identificar aqui um argumento que embasa a decisão no qual o julgador se

despe de uma racionalidade jurídica própria, dando voz ao que se poderia chamar de uma lógica política de interação estratégica, tal qual delineado anteriormente, na qual o julgador tem ciência das conseqüências mais amplas que pode gerar a partir de um determinado tipo de posicionamento. Estes momentos, nos quais o julgador se declara abertamente e decide de acordo com uma racionalidade que foge aos limites forenses, contudo, são raros e praticamente não há referência a eles quanto aos contratos da nova *lex mercatoria*, como se observou.

Ainda em tempo, cumpre observar o modelo de análise proposto por Carlo Guarnieri e Patrizia Pederzoli. De acordo com eles, ao se analisar o poder da magistratura dentro de um dado sistema político, deve-se atentar para três dimensões básicas, quais sejam: *a)* os métodos de recrutamento e formação da magistratura, bem como as eventuais tendências de ativismo por parte dos julgadores; *b)* a estrutura e a organização judiciárias internas, bem como o seu arranjo institucional e seus recursos de intervenção no interior dos demais poderes; e *c)* o próprio sistema político, se mais concentrado ou mais fragmentado.⁶⁸ Aplicando o modelo ao es-

66 Trata-se do BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Especial n.º 549.873. Relator: Luiz Fux.

67 Extraído do BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Especial n.º 426.945. Relator: Teori Albino Zavascki.

68 GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. *La puissance de juger: pouvoir judiciaire et démocratie*. Paris: Michalon, 1996.

tudo aqui empreendido, o qual se focou no primeiro destes tópicos, pode-se afirmar que as tendências ao ativismo judicial manifestadas pela magistratura brasileira, neste tópico específico, são praticamente nulas, não havendo que se falar em obstrução à vigência dos institutos da nova *lex mercatoria* no Brasil pelo Poder Judiciário.

7. CONCLUSÃO

Isto posto, faz com que duas conclusões sejam alcançadas quanto ao que vem decidindo o Poder Judiciário no Brasil em matéria dos tipos negociais da nova *lex mercatoria*. Em primeiro lugar, ao que parece, quando se decide sobre a vigência desses modelos contratuais no plano interno, a opção que tem sido realizada é aquela que aponta no sentido de se dar validade a eles, ainda que se conceda essa validade sem que se declare isso. O tipo contratual é válido desde o início e tem características próprias, mesmo que não haja uma lei

que o regule. E quando há, somente o que se vê é uma regulação mínima do contrato, ou seja, sua definição para fins de tributação. Em segundo lugar, decidindo em favor da vigência destes contratos – e, portanto, em favor de uma dada racionalidade econômica da qual estes contratos são meros instrumentos – tem o Judiciário brasileiro, ainda que tacitamente, como se tentou mostrar, anuído com as sinalizações da política externa comercial do país, não se apresentando como um obstáculo à internacionalização da economia nacional que tem sido levada a cabo, ao longo dos últimos anos, pelo Poder Executivo.⁶⁹

Em verdade, este último ponto merece alguma consideração. Certos autores têm se apresentado temerosos quanto aos reflexos que o Poder Judiciário pode trazer à economia brasileira, seja por intervir diretamente nela de modo prejudicial e casuístico, seja por atentar contra os atores deste processo, mormente o Poder Executivo e suas agências.⁷⁰ Tais críticas afirmam

69 WERNECK VIANNA, *A judicialização...*, p. 10.

70 Como exemplos disso, pode-se citar: ARANTES, Rogério Bastos. *A crise do judiciário no Brasil*. Trevisan, São Paulo, n. 104, 1996; ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Idesp, 1997; ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e democracia no Brasil*. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 54, 1999; BALBINOTTO NETO, Giacomio. *Os reflexos das decisões judiciais na economia*. Palestra no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2004. Guarde-se atenção especial para o incessante trabalho de pesquisa de Armando Castelar Pinheiro, que nos últimos anos produziu uma série de artigos sobre o tema, entre os quais destacamos os seguintes: PINHEIRO, Armando Castelar. *A reforma do judiciário: uma análise econômica*. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; WILHEIM, J.; SOLA, Lourdes (Org.). *Sociedade e estado em transformação*. São Paulo: UNESP, 2001; PINHEIRO, Armando Castelar; CABRAL, Célia. *Credit markets in brazil: the role of the judiciary and other institutions*. In: PAGANO, M (Org.) *Defusing default: incentives and institutions*. [s.l.]: DB/OCDE, 2001; PINHEIRO, Armando Castelar.

que os posicionamentos do Poder Judiciário brasileiro reduzem a eficiência econômica, uma vez que seria ele um ator institucional com poder de veto das políticas majoritárias e que sua interferência excessiva incrementaria os custos de transação de qualquer investidor no país, gerando incerteza.⁷¹ Isto o transformaria em um obstáculo tanto à governabilidade quanto à calculabilidade econômica, ambas afeitas à idéia de segurança jurídica, tida como necessária àqueles investimentos.

Pelo que restou aqui demonstrado, contudo, o Poder Judiciário brasileiro não tem se apresentado como um entrave aos gestores da economia nacional. Observou-se que a internacionalização da economia do país, sinalizada há mais de uma década pelo Poder Executivo, não tem sido obstaculizada pelas decisões judiciais, sendo as práticas da nova *lex mercatoria* majoritariamente aceitas pela magistratura

nacional. Outros estudos também já demonstraram que as diretrizes preconizadas pelas instituições majoritárias não têm sido objeto de intervenção do Poder Judiciário nacional.⁷²

As críticas que aqueles autores dirigem ao Poder Judiciário, como se um certo casuísmo dos julgadores fosse uma das fontes da ineficiência econômica nacional, não merece ser direcionada diretamente à magistratura, mas, ao que parece, à estrutura judiciária que a circunda e dentro da qual ela decide. É esta que gera morosidade e que acaba ocasionando incertezas, trazendo muitos dos problemas delineados por aqueles autores. As tendências ao ativismo foram os pontos sobre os quais tratou este artigo e, como se verificou, elas restam bastante esparsas, não parecendo haver nem casuísmo, nem politização por parte dos julgadores. Pelo contrário, se há alguma tendência, esta parece ser nitidamente não-interventiva. A crítica

Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? In: ANDRADE, Rogério E. de. (Org.). *Regulação pública no Brasil*. Campinas: Edicamp, 2003 e PINHEIRO, Armando Castelar. A relação entre o desempenho das instituições jurídicas e o crescimento econômico. In: WALD, Arnold.; MARTINS, Ives Gandra S. e PRADO, N. (Org.). *O direito brasileiro e os desafios da economia globalizada*. São Paulo: América Jurídica, 2003.

71 A idéia de ser o judiciário um ator político com capacidade de bloquear as políticas majoritárias foi extraída de: TSEBELIS, George. *Veto players: how political institutions work*. Princeton: Princeton University, 2002. O conceito de custos de transação e a idéia de instituições políticas como suas redutoras para fomentar a atividade econômica foram extraídos de: NORTH, *Institutions...*, p. 3-69.

72 Ver, por exemplo: CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, 1997; WERNECK VIANNA, *Ajudicialização...*; OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política? *Dados*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, 2005.

dirigida por aqueles autores, que eles freqüentemente apontam indistintamente ao Poder Judiciário, poderia ser melhor compreendida se fosse dirigida não aos posicionamentos da magistratura, mas sim ao contexto institucional em meio a qual esta decide, que obviamente con-

diciona o desempenho de todo Poder Judiciário. Se há alguma incerteza geradora de ineficiência econômica, esta parece se dever, quanto ao que neste texto se observou, mais a certas limitações estruturais do que a um eventual ativismo por parte dos julgadores.

8. REFERÊNCIAS

- ARANTES, Rogério Bastos. A crise do judiciário no Brasil. *Trevisan*, São Paulo, n. 104, 1996.
- _____. Judiciário e democracia no Brasil. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 54, 1999.
- _____. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Idesp, 1997.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do argumento: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002.
- BALBINOTTO NETO, Giácomo. *Os reflexos das decisões judiciais na economia*. Palestra no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2004.
- BERARDO, Telma. Soberania: um novo Conceito? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 40, p. 26-29, jul./set. 2002.
- BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. São Paulo: Ediuoro, 2000.
- _____. *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Torino: Giappichelli, 1960.
- CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, 1997.
- COASE, Ronald. *La empresa, el mercado y la ley*. Madrid: Alianza, 1994.
- _____. The nature of the firm. *Economica*, 4, 1937.
- COOTER, Robert; ULEN Thomas. *Law and economics*. [s.l.]: Addison Wesley Longman, 2000.
- DAHRENDORF, Ralf. *O conflito social moderno: um ensaio sobre a política da liberdade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.
- FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- FARIA, José Eduardo. *Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FERRI, Giovanni B. La 'cultura' del contratto e le strutture del mercato. In: A L'EUROPE du troisième millénaire: mélanges offerts à Giuseppe Gandolfi : à l'occasion du dixième anniversaire de la fondation de l'Académie. [s.l.]: [s.n.], 2004. v. 1.
- FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Executivo e legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: FGV, 1999.
- GALGANO, Francesco. *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*.

- Contrato e Impresa*, Padova, v. 17, n. 1, 2000.
- _____. *Las instituciones de la economía capitalista*. Barcelona: Ariel, 1990.
- _____. *Lex mercatoria. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 129, 2003.
- _____. *La nuova lex mercatoria* In: ATLANTE di diritto privato comparato. Bologna: Zanichelli, 1995.
- GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos: problemática moderna*. Mendoza: Cuyo, 1996.
- GHESTIN, Jacques. *Le contrat en tant qu'échange économique. Revue d'Economie Industrielle*, n. 92, p. 81-100, 2000, Numéro special, Économie des Contrats: Bilan et Perspective.
- GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria. Archives de Philosophie du Droit*, n. 9, p. 177, 1964.
- GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. *Direito econômico*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. *La puissance de juger: pouvoir judiciaire et démocratie*. Paris: Michalon, 1996.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito do estado federado ante a globalização econômica. Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 38, n. 151, p. 95-108, jul./set. 2001.
- LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. v. 1
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://136.142.158.105/LASA97/portomacedo.pdf>>
- _____. *Globalização e direito do consumidor*. In: SUNFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. (Org.). *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MARTINS COSTA, Judith Hoffmeister. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MCGREW, Anthony. *A global society?* In: HALL, Stuart; HELD, David; MCGREW, Antony. *Modernity and its futures*. Cambridge: Polity, Open University, 1992.
- MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo: antigo e moderno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.
- MONCADA, Luis Cabral de. *Direito econômico*. Coimbra: Coimbra, 1996.
- NORTH, Douglass. *Institutions: institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University, 1990.
- NUSDEO, Fábio. *Fundamentos para uma codificação do direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- OLIVEIRA, Vanessa Elias de. *Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política?* *Dados*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, 2005.

- PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? In: ANDRADE, Rogério E. de. (Org.). *Regulação pública no Brasil*. Campinas: Edicamp, 2003.
- _____. A reforma do judiciário: uma análise econômica. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; WILHEIM, J.; SOLA, Lourdes (Org.). *Sociedade e estado em transformação*. São Paulo: UNESP, 2001.
- _____. A relação entre o desempenho das instituições jurídicas e o crescimento econômico. In: WALD, Arnold.; MARTINS, Ives Gandra S. e PRADO, N. (Org.). *O direito brasileiro e os desafios da economia globalizada*. São Paulo: América Jurídica, 2003.
- PINHEIRO, Armando Castelar (Org.). *Reforma do judiciário: problemas, desafios, perspectivas*. Rio de Janeiro: Booklink, 2003.
- PINHEIRO, Armando Castelar; CABRAL, Célia. Credit markets in brazil: the role of the judiciary and other institutions. In: PAGANO, M (Org.) *Defusing default: incentives and institutions*. [s.l.]: DB/OCDE, 2001.
- POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. Aspen, 2002.
- REALE, Miguel. *O estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- REIS, Fábio Wanderley. *Política e racionalidade: problemas de teoria e método de uma sociologia crítica da política*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.
- SANTOS, Fabiano. *O poder legislativo no presidencialismo de coalizão*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2003.
- SHAVELL, Steven M. *Foundations of economic analysis of law*. Harvard: Belknap, 2004.
- STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000.
- TILLY, Charles. *Coerção, capital e estados europeus*. São Paulo: Ed. USP, 1996.
- TSEBELIS, George. *Jogos ocultos: escolha racional no campo da política comparada*. São Paulo: Ed. USP, 1998.
- _____. *Veto players: how political institutions work*. Princeton: Princeton University, 2002.
- WALD, Arnoldo. A contratualização do direito societário. *Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, n. 3, p. 50-54, jun./jul. 2005.
- WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 2004.
- WERNECK VIANNA, Luiz Jorge et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*

1. INTRODUÇÃO

Em outra sede, procurei analisar a antinomia existente entre formalismo e justiça, buscando dar solução a esse aflitivo problema que assola o direito processual, preocupado com a adequada realização do direito material e dos valores constitucionais.¹ No presente ensaio não só tento refinar aquelas idéias, dando-lhes maior objetividade e praticidade, como também desenvolver mais amplamente os conceitos ali lançados.

Começo conceituando o que seja formalismo, para extremá-lo da concepção nova por mim elaborada de formalismo-valorativo. Estabeleço depois os principais valores e princípios com que deve trabalhar o processo. Final-

mente, à luz dessas premissas proponho soluções para combater o excesso de formalismo. Essa tarefa parece-me da maior importância, no atual ambiente em que se processa a administração da justiça no Brasil, em que muitas vezes, para facilitar o seu trabalho, o órgão judicial adota uma rigidez excessiva, não condizente com o estágio atual do nosso desenvolvimento, ou então a parte insiste em levar às últimas conseqüências as exigências formais do processo.

2. DEFINIÇÃO DO FORMALISMO

O formalismo, ou forma em sentido amplo, não se confunde com a forma do ato processual individualmente con-

* Professor titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; doutor em Direito pela USP, desembargador aposentado do TJRS, advogado em Porto Alegre e Brasília.

1 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, passim.

siderado. Diz respeito à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos *poderes, faculdades e deveres* dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais. A forma em sentido amplo investe-se, assim, da tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, e estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento. O formalismo processual contém, portanto, a própria idéia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento.² Se o processo não obedecesse a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado a seu devido tempo e lugar, fácil entender que

o litígio desembocaria numa disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário.³ Não se trata, porém, apenas de ordenar, mas também de disciplinar o poder do juiz e, nessa perspectiva, o formalismo processual atua como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado.⁴ Pondere-se, dentro dessa linha, que a realização do procedimento deixada ao simples querer do juiz, de acordo com as necessidades do caso concreto, acarretaria a possibilidade de desequilíbrio entre o poder judicial e o direito das partes. E dessa maneira poderia fazer até periclitar a igual realização do direito material, na medida em que a discricção do órgão judicial, quanto ao procedimento e o exercício da atividade jurisdicional, implicaria o risco de conduzir a decisões diversas sobre a

2 Destaca DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, n. 28, p. 252, que “ao reduzir as opções de comportamento de cada um dos sujeitos do processo, o direito evita a situação de extrema complexidade que geraria incertezas e faria perigar a própria integridade dos direitos e obrigações da ordem substancial e a fidelidade do processo aos seus objetivos”.

3 O fenômeno foi assinalado corretamente por JHERING, Rudolf von *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Aalen: Scientia Verlag, 1968, v. 3, § 50, p. 25-26 (reprodução inalterada da 5. ed. de Leipzig de 1906).

4 JHERING, *Geist...*, v.2, t. 2, § 45, p. 470-471, no exaustivo estudo histórico que empreendeu sobre o formalismo em geral, depois de ressaltar a particular relação entre forma e liberdade, duas idéias fundamentais do direito romano, e de destacar que o mais completo desenvolvimento da era da liberdade marca também o reinado mais tirânico do rigor formal, cedendo sua severidade somente quando a liberdade passou a desaparecer, conclui essas considerações com a frase célebre: “A forma é a inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade” (“Die Form ist die geschworene Feindin des Willkür, die Zwillingschwester der Freiheit”), que ainda hoje merece atenção.

mesma espécie de situação fática material, impedindo uma uniforme realização do direito.⁵ Não bastasse isso, se constrangido o órgão judicial de cada processo a elaborar para o caso concreto, com grande desperdício de tempo, os próprios princípios com a finalidade de dar forma ao procedimento adequado, permaneceria inutilizável o tesouro da experiência colhida da história do direito processual.⁶

O formalismo processual controla, por outro lado, os eventuais excessos de uma parte em face da outra, atuando por conseguinte como poderoso fator de igualação (pelo menos formal) dos contendores entre si.⁷ O fenômeno

oferece duas facetas: *no plano normativo*, impõe uma equilibrada distribuição de poderes entre as partes, sob pena de tornar-se o contraditório uma sombra vã; *no plano do fato*, ou seja do desenvolvimento concreto do procedimento, reclama o exercício de poderes pelo sujeito, de modo a que sempre fique garantido o exercício dos poderes do outro.⁸ O justo equilíbrio presta-se, portanto, para atribuir às partes, na mesma medida, poderes, faculdades e deveres, de modo a que não seja idealmente diversa sua possível influência no desenvolvimento do procedimento e na atividade cognitiva do juiz, faceta assaz importante da própria garantia funda-

5 Assim, BAUR, F. Funktionswandel des zivilprozesses? In: BEITRÄGE zur gerichtsverfassung und zum zivilprozessrecht. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1983, p.177-193, esp. p. 186-187. SCHMIDT, Eike *Der zweck des zivilprozess und seine ökonomie*. Tübingen: Athenäum, 1973, n. 3.2, p. 40-41, defende também o positivismo do direito procedimental, argumentando que o controle do resultado material obtido no processo só é assegurado quando as formas previstas de investigação fática e jurídica tenham sido totalmente observadas, com o que se garante também a legítima influência das partes no curso concreto do procedimento, pois é objeto do processo o seu conflito social e não qualquer outro. Aduz, ainda, ser do interesse de todos os participantes — tanto das partes quanto das instâncias de controle — que se possa confiar na observância de um caminho procedimental *formalizado*, pois o processo declarativo faltaria a sua finalidade sem a correta investigação da base concreta do conflito.

6 Segundo a justa observação de SCHIMA, Hans. Compiti e limiti di una teoria generale dei procedimenti. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, n. 7, p. 757-772, 1953, esp. n. 3, p. 761-762. Na mesma passagem, o conhecido professor da Universidade de Viena ressalta também que se o processo fosse organizado discricionariamente pelo juiz não se poderia prever o seu curso, faltando as garantias necessárias para seu desenvolvimento.

7 Acertadamente, afirma GAUL, Hans F. Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses. *Archiv für die Civilistische Praxis*, n. 168, p. 27-62, 1968, esp. p. 38-39, reportando-se a Bötticher, que é sempre indispensável um determinado formalismo judicial, pois “só assim é garantida a igual atividade das partes, isto é, o princípio da paridade de armas no processo concreto, como também uma determinada previsibilidade de todo procedimento”.

8 Cf. FABRI, Giovanni. Potere del giudice (dir. proc. civ.). In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giffre, 1985, v. 34, p. 721-744, esp. n. 2, p. 723.

mental do contraditório. Embora se cuide aqui de um postulado lógico, não se pode deixar de reconhecer que sua realização é garantida apenas pela forma em sentido amplo.⁹ Aspecto significativo do processo concerne à determinação dos fatos, pois, em princípio, não é possível fixar o direito adequado à solução da controvérsia sem investigar o suporte fático descrito pelo texto normativo, dito como incidente e do qual se reclama aplicação.¹⁰ Daí também a influência do formalismo na formação e valorização do material fático de importância para a decisão da causa.

3. A NOVA CONCEPÇÃO DO FORMALISMO-VALORATIVO

Das considerações até agora realizadas, verifica-se que o formalismo, ao contrário do que geralmente se pensa, constitui o elemento fundador tanto da efetividade quanto da segurança do processo. A efetividade decorre, nesse contexto, do seu poder organizador e ordenador (a desordem, o caos, a confusão decididamente não colaboram para um processo ágil e eficaz), a segurança decorre do seu poder disciplinador. Sucede, apenas, que ao longo do tempo o

termo sofreu desgaste e passou a simbolizar apenas o formalismo excessivo, de caráter essencialmente negativo.

De notar, ainda, que os verbos ordenar, organizar e disciplinar são desprovidos de sentido se não direcionados a uma determinada finalidade. O formalismo, assim como o processo, é sempre polarizado pelo fim.

Desses aspectos fundamentais do fenômeno do formalismo é indissociável outra reflexão: o processo não se encontra *in res* natura, é produto do homem e, assim, inevitavelmente, da sua cultura. Ora, falar em cultura é falar em valores, pois estes não caem do céu, nem são a-históricos, visto que constituem frutos da experiência, da própria cultura humana, em suma. Segundo a original elaboração de Rickert, além de constituir elemento de ligação entre os mundos do ser e do dever-ser, a cultura “é o complexo rico e multifacetado reino da *criação* humana, de tudo aquilo que o homem consegue arrancar à fria seriação do natural e do mecânico, animando as coisas com um sentido e um significado, e realizando através da História a missão de dar valor aos fatos e de humanizar, por assim dizer, a Natureza”.¹¹ Por isso

9 Como observa TROLLER, Alois. *Von den Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus*. Basel: Helbing, Lichtenhahn, 1945, § 2, 4, p. 17.

10 Aspecto ressaltado já em 1914 por CALAMANDREI, Piero. La genesi logica della sentenza civile. In: *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965, v. 1, p. 11-54, esp. p. 25: “[...] non si può tuttavia negare che nella gran maggioranza dei casi la bontà della sentenza sta in diretta relazione col grado di accuratezza posto dal giudice nell’indagare esattamente il rapporto di fatto”.

11 RICKERT, *Ciência cultural y ciência natural*, p. 23 et seq. apud REALE, Miguel. *Fundamentos do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 179.

mesmo mostra-se totalmente inadequado conceber o processo, apesar do seu caráter formal, como mero ordenamento de atividades dotado de cunho exclusivamente técnico, integrado por regras externas, estabelecidas pelo legislador de modo totalmente arbitrário.¹² A estrutura mesma que lhe é inerente depende dos valores adotados e, então, não se trata de simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente de uma escolha de natureza política, escolha essa ligada às formas e ao objetivo da própria administração judicial.

Desse modo, a questão axiológica termina por se precipitar no ordenamento de cada sistema e na própria configuração interna do processo, pela

indubitável natureza de fenômeno cultural deste e do próprio direito, fazendo com que aí interfira o conjunto de modos de vida criados, apreendidos e transmitidos de geração em geração, entre os membros de uma determinada sociedade. Por essa razão, ressalta-se entre nós, com grande propriedade, que no processo “se fazem sentir a vontade e o pensamento do grupo, expressos em hábitos, costumes, símbolos, fórmulas ricas de sentido, métodos e normas de comportamento”. Esses fatores determinam com que nele se reflita “toda uma cultura, considerada como o conjunto de vivências de ordem espiritual e material, que singularizam determinada época de uma sociedade”.¹³ Por consequência, mesmo as normas aparente-

12 Friedrich Stein, no prefácio apostado à 1ª ed. de seus *Grundriss des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts*, reproduzido na 3a. ed., atualizada por Josef Juncker, com necrológio de Richard Schmidt, Tübingen, J.C.B Mohr (Paul Siebeck), 1928, p. XIV, chegou a pregar que “der Prozess ist für mich das ‘technische Recht’ in seiner allerschärfsten Ausprägung, von wechseldenden Zweckmässigkeiten beherrscht, der Ewigkeitswerte bar” (o processo é para mim ‘direito técnico’ em sua mais aguda manifestação, dominado por conveniências cambiáveis, sem valor permanente). A bem da verdade, contudo, não se pode deixar de registrar que o próprio Stein em 1893 reconheceria, de modo significativo, que “o processo nunca pode estar à frente da sabedoria de seu tempo e de seu povo” (“Auch der Prozess kann nirgends der Erkenntniss seiner Zeit und seines Volkes voraus sein”). (STEIN, Friedrich. *das private wissen des Richters: Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, 2. Aalen: Scientia, 1987, § 2, p. 31).

13 LACERDA, Galeno. Processo e cultura. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, n. 3, p. 74-86, 1962, esp. p. 75, que pondera ainda: “Costumes religiosos, princípios éticos, hábitos sociais e políticos, grau de evolução científica, expressão do indivíduo na comunidade, tudo isto, enfim, que define a cultura e a civilização de um povo, há de retratar-se no processo, em formas, ritos e juízos correspondentes. Ele, na verdade, espelha uma cultura, serve de índice de uma civilização”. Também DINAMARCO, *A instrumentalidade...*, cit., p. 217, aduz ser indispensável, na determinação dos fins do Estado e (conseqüentemente) dos escopos da jurisdição, ter em vista as necessidades e aspirações de seu povo, no tempo presente, entrando aí o elemento cultural, a determinar concretamente os conceitos de bem comum, de Justiça e, particularmente, de Justiça social.

mente reguladoras do modo de ser do procedimento não resultam apenas de considerações de ordem prática, constituindo no fundamental expressão das concepções sociais, éticas, econômicas, políticas, ideológicas e jurídicas, subjacentes a determinada sociedade e a ela características, e inclusive de utopias. Ademais, o seu emprego pode consistir em estratégias de poder, direcionadas para tal ou qual finalidade governamental.¹⁴ Daí a idéia, substancialmente correta, de que o direito processual é o direito constitucional aplicado,¹⁵ a significar essencialmente que o processo não se esgota dentro dos quadros de uma mera realização do direito material, constituindo, sim, mais amplamente, a ferramenta de natureza pública indispensável para a realização de justiça e pacificação social.

Além disso, não só as formas externas, por meio das quais se desenvolve a administração da justiça, mas também os métodos lógicos empregados para o julgamento exibem valor contingente, a ser estremado consoante as circunstâncias de dado momento histórico, influenciando inclusive na conformação do processo.¹⁶

Não se pode negar, por outro lado, o aproveitamento de *técnicas* e soluções para problemas comuns, não obstante a diversidade de valores entre os povos. Isso se dá principalmente em virtude de uma base comum a todos os homens e o conseqüente estabelecimento de uma ponte entre eles, com intercomunicação de culturas no tempo e no espaço.¹⁷ Intercomunicação esta que tende a se tornar cada vez mais hiperativa, não só pela facilidade de

14 Acerca das estratégias governamentais de exercício do poder estatal e sua relação com o processo, a reflexão importante de SILVA, Carlos Augusto. *O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, passim.

15 Cf. GAUL, Zur Frage..., p. 32. Idéia semelhante, aliás, era defendida já por POLLAK, Rudolf. *Sistem des Österreichischen Zivilprozessrechtes*. 2. ed. Wien: Manz, 1932, p. III, para quem o direito processual civil constitui, em muitos aspectos, uma das mais importantes partes do direito constitucional. A respeito, ainda, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 372, p. 77-86, mar./abr. 2004.

16 Como ressalta com acerto CALAMANDREI, Piero. *Istituzioni di diritto processuale civile*. In: OPERE giuridiche. Napoli: Morano, 1970, v. 4, § 8º, p. 34. Sobre a influência da lógica na conformação do processo, o ensaio seminal de PICARD, Nicola. Processo civile (dir. moderno). In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1987, v. 36, p. 110-117.

17 Assim filosofa, argutamente, BERLIN, Isaiah. A busca do ideal. In: HARDY, Henry (Org.) *Limites da utopia*: capítulos da história das idéias. Tradução Valter Lellis Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 21, ponderando ainda que os fins e os princípios morais são variados, mas não infinitamente variados: eles devem situar-se nos limites do horizonte humano.

comunicação característica da fase atual da história da humanidade mas pela própria globalização da economia, propulsora da adoção de um modelo técnico único. O formalismo, contudo, exatamente porque fenômeno cultural, informado por valores, não se confunde com a técnica, que é neutra a respeito da questão axiológica.¹⁸

Postas essas premissas, é preciso repensar o problema como um todo, verificar as vertentes políticas, culturais e axiológicas dos fatores condicionantes e determinantes da estruturação e organização do processo, estabelecer enfim os fundamentos do formalismo-valorativo. E isso porque seu poder ordenador, organizador e coordenador não é oco, vazio ou cego, pois não há formalismo por formalismo. Só é lícito pensar no conceito na medida em que se prestar para a organização de um processo justo e servir para alcançar as finalidades últimas do processo em tempo razoável e, principalmente, colaborar para a justiça material da decisão.

Ao meditar-se nos fatores externos do formalismo, o pensamento desde logo tende, em formulação esquemática inicial bastante ampla, a fixar-se nos fins do processo, e a noção de fim entre-

laça-se, necessariamente, com o valor ou valores a serem idealmente atingidos por meio do processo. Impõe-se, portanto, a análise dos valores mais importantes para o processo: por um lado, a realização de justiça material e a paz social, por outro, a efetividade, a segurança e a organização interna justa do próprio processo (*fair trial*). Os dois primeiros estão mais vinculados aos fins do processo, os três últimos ostentam uma face instrumental em relação àqueles. A par desses valores específicos, mostram-se ainda significativos para o processo os valores constitucionais e os valores culturais relacionados ao meio onde se insere determinado sistema processual.

A efetividade e a segurança apresentam-se como valores essenciais para a conformação do processo em tal ou qual direção, com vistas a satisfazer determinadas finalidades, servindo também para orientar o juiz na aplicação das regras e princípios. Poder-se-ia dizer, numa perspectiva deontológica, tratar-se de sobreprincípios, embora sejam, a sua vez, também instrumentais em relação ao fim último do processo, que é a realização da Justiça do caso. Interessante é que ambos se encontram

18 A esse respeito, observa DEL VECCHIO, Giorgio. *L'homo juridicus*. Roma, 1936, p. 11, apud GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. 4. ed. México: Porrúa, 1951, p. 13, que as regras técnicas constituem os meios obrigatoriamente empregados para se conseguir um propósito, mas não prejudgam se é lícito, obrigatório ou ilícito propor-se o fim de que se trate. A técnica, prossegue, nada tem a ver com o valor das finalidades a que serve, pois concerne exclusivamente aos procedimentos que permitem realizá-las, sem se preocupar por esclarecer se são boas ou más. Apreciar o mérito dos fins do indivíduo é problema ético, não técnico.

em permanente conflito, numa relação proporcional, pois quanto maior a efetividade menor a segurança, e vice-versa. Assim, por exemplo, o exercício do direito de defesa, garantia ligada à segurança, não pode ser excessivo nem desarrazoado. Nos casos não resolvidos pela norma, caberá ao órgão judicial, com emprego das técnicas hermenêuticas adequadas, ponderar qual dos valores deverá prevalecer. Na verdade, garantismo e eficiência devem ser postos em relação de adequada proporcionalidade, por meio de uma delicada escolha dos fins a atingir

A segurança liga-se à própria noção de Estado Democrático de Direito, erigida como princípio fundamental da Constituição da República (art. 1º, *caput*), de modo a garantir o cidadão contra o arbítrio estatal, tendo presente a salvaguarda de elementos fundantes

da sociedade realmente democrática, como o princípio democrático, o da justiça, o da igualdade, da divisão de poderes e da legalidade.¹⁹

Em tal contexto, ganha lugar de destaque o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República), princípio que exige como corolários a proibição de juízos de exceção e o princípio do juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LIII), a igualdade (art. 5º, *caput*), aí compreendida a paridade de armas,²⁰ o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV), consideradas inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI), devendo o litígio ser solucionado por meio de decisão fundamentada (art. 94, inciso IX).

De mais a mais, o desenvolvimento, que se pode julgar excessivo, da pena-

19 Sobre o ponto, SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 103-108, e CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 82-85. HABSCHEID, Walther J. *Droit judiciaire privé suisse*. Genève: Librairie de L'Université, 1981, § 50, I, p. 306, tratando da autoridade da coisa julgada, menciona que o Tribunal Federal Constitucional alemão (*BverfGE* 15, 319) sublinhou que o Estado de Direito tem como tarefa preservar a segurança do direito.

20 Para a Corte Europeia dos Direitos do Homem, “consoante o princípio da igualdade de armas – um dos elementos da noção mais ampla de processo equitativo –, deve ser oferecida a cada uma das partes a possibilidade razoável de apresentar sua causa em condições tais que não a coloquem em situação de desvantagem em relação à outra”: Assim, v.g., *arestos Dombo Beheer B.V vs. Países-Baixos*, de 27.10.1993, série A, nº 274, § 33, *Bulut v. Áustria*, de 22.2.1996, *Recueil* 1996, II, § 47, *Foucher vs. França*, de 17.3.1997, § 34, *Kuopila vs. Finlândia*, de 27.4.2000, apud MARCUS-HELMONS, Silvio. *Quelques aspects de la notion d'égalité des armes (Un aperçu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme)*, in *Aux sources du procès équitable une certaine idée de la qualité de la Justice*. In: *LE PROCÈS équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*. Bruxelles: Bruylant, 2001, p. 68.

lização da vida social e política exige sejam as regras jurídicas formuladas de maneira simples, clara, acessível e previsível: daí a noção de Estado de Direito e o princípio da segurança jurídica, produtos de desenvolvimentos sociais cada vez mais complexos e de evoluções cada vez mais incertas.²¹ Numa visão mais abrangente, a ultrapassar o campo estrito do direito processual, o princípio da segurança jurídica encontra-se ligado a duas exigências: qualidade da lei e previsibilidade do direito. Para Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux,²² decorrem da primeira os seguintes princípios: de clareza, acessibilidade, eficácia e efetividade (confusão entre dois valores antagônicos). Da segunda, os seguintes princípios: da não-retroatividade da lei, da proteção dos direitos adquiridos, da confiança legítima e da estabilidade das relações contratuais.

Advirta-se, porém, que o jurista deve observar a ordem jurídica, atento ao valor da segurança jurídica, sem confundi-la com a manutenção cega e indiscriminada do *statu quo*. Cumpre não identificar, outrossim, o valor da segurança jurídica com a “ideologia” da segurança, que tem por objetivo o imobilismo social. Não se trata, também,

de identificar o Estado com a ordem, e a lei com a justiça, subprodutos do positivismo, com o que se impediria o acolhimento de qualquer direito não-estatal, bem como a absorção dos reclamos de justiça do povo, a menos que com o expresse beneplácito do legislador. Essa percepção da realidade social revela-se míope e não desejada. A manutenção da ordem jurídica só pode ser realizada mediante questionamentos e aperfeiçoamentos, em consonância com a racionalidade, que certamente passa pelo Estado, mas que vai além dele, atenta aos direitos construídos pelo processo histórico.²³

É preciso levar em conta, ademais, que a segurança não é o único valor presente no ambiente processual, mormente porque todo o processo é polarizado pelo fim de realizar a justiça material do caso, por meio de um processo equânime e efetivo. De tal sorte, o formalismo excessivo pode inclusive inibir o desempenho dos direitos fundamentais do jurisdicionado.

A sua vez, a efetividade está consagrada na Constituição Federal, art. 5º, XXXV, pois não é suficiente tão-somente abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas prestar jurisdição

21 Cf. MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel. *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*. Paris, LGDJ, 2002, p. 703, que ressaltam o emprego substancial desses conceitos tanto pelo juiz constitucional francês quanto pelo juiz ordinário.

22 Ibidem, p. 704-718.

23 Reproduzimos, com algumas alterações, a lição exemplar de AZEVEDO, Plauto Faraco de. Poder judiciário e justiça social. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 63, p. 5-16, mar. 1995, esp. p. 14.

tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações temporais ou formalismos excessivos, que conceda ao vencedor no plano jurídico e social tudo a que faça jus. Além disso, as dificuldades temporais atuais na administração da justiça e a mudança qualitativa dos litígios justificam o inaudito elastecimento da tutela cautelar em nossa época, assim como a concepção de remédios jurisdicionais de índole provisória, autônomos ou não, com caráter antecipatório e satisfativo do pretendido direito.²⁴ Advirta-se, além disso, que a efetividade vigora seja em relação ao direito já lesionado seja quanto àquele simplesmente ameaçado (Constituição Federal, artigo 5º, XXXV), abrangendo assim a tutela preventiva substancial e definitiva, além da meramente provisória ou temporária.²⁵ Além disso, a perspectiva constitucional do processo veio a contribuir para afastar o processo do plano das construções conceituais e meramente técnicas e inseri-lo na realidade política e social. Tal se mostra particularmente adequado

no que diz respeito ao formalismo excessivo, pois sua solução exige o exame do conflito dialético entre duas exigências contrapostas, mas igualmente dignas de proteção, asseguradas constitucionalmente: de um lado, a aspiração de um rito munido de um sistema possivelmente amplo e articulado de garantias “formais” e, de outro, o desejo de dispor de um mecanismo processual eficiente e funcional.

Nessa linha de entendimento, a Corte Européia dos Direitos do Homem em vários pronunciamentos vem proclamando que a Convenção Européia dos Direitos do Homem ostenta por finalidade proteger direitos não mais “teóricos ou ilusórios, mas concretos e efetivos”.²⁶

Para a Corte, a efetividade supõe, além disso, que o acesso à justiça não seja obstaculizado pela complexidade ou custo do procedimento. Tal implica que as limitações, sempre deixadas à margem de apreciação dos Estados nacionais, não podem em nenhum caso restringir o acesso assegurado ao litigante de tal maneira que seu direito a um tri-

24 Assinale-se, por exemplo, a Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, consubstanciada no artigo 273 e respectivos parágrafos do CPC e as alterações neles introduzidas pela Lei n. 10.444, de 7.5.2002.

25 Sobre essa instigante problemática, ver MOREIRA, J. C. Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: TEMAS de direito processual: 2ª série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 21-29.

26 Arestos de 24.7.1968, no caso “lingüístico belga”, série A, nº 6, p. 31, §§ 3 *in fine* e 4; Golder vs. Reino-Unido, de 25.2.1975, série A, nº 18, p. 18, § 35 *in fine*; Luedicke, Belkacem e Koç, de 28.11.1978, série A, nº 29, p. 17-18, § 41; Marckx, de 13.6.1979, série A, nº 31, p. 15, § 31, apud FRAVREAU, Bertrand. Aux sources du procès équitable: une certaine idée de la qualité de la justice. In: LE PROCÈS équitable et la protection juridictionnelle du citoyen. Bruxelles: Bruylant, 2001, p. 11 e nota 3.

bunal seja atingido em sua própria substância, devendo ser observada “uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o fim visado”. Ainda segundo o Tribunal, o litigante não deve ser impedido “de empregar um recurso existente e disponível”, proibindo-se todo “entrave desproporcional a seu direito de acesso ao tribunal”.²⁷

Impõe-se ressaltar, outrossim, que nos dias atuais vários fatores vêm determinando uma maior prevalência do valor da efetividade sobre o da segurança. Um dos aspectos relevantes é a mudança qualitativa dos litígios trazidos ao Judiciário, numa sociedade de massas, com interesse de amplas camadas da população, a tornar imperativa uma solução mais rápida do processo e a efetividade das decisões judiciais. Outro fator significativo é a própria adoção dos princípios e sua constitucionalização, fenômeno que se iniciou após o término da Segunda Guerra Mundial. A anterior tramitação fechada e a minúcia regulamentadora das atuações processuais (excesso de formalismo) dos códigos processuais, formados em período autoritário ou informados por ideologia dessa espécie, servia ao fim de controle da jurisdição e dos agentes forenses pelo

centro do poder político, diminuindo a participação democrática dos sujeitos de direito. Tudo veio a mudar com a emergência dos princípios, considerados nessa nova perspectiva como direitos fundamentais, que podem e devem ter lugar de destaque na aplicação prática do direito, sobrepondo-se às simples regras infraconstitucionais.²⁸ Essa mudança de paradigma, que introduz um direito muito mais flexível, menos rígido, determina também uma alteração no que concerne à segurança jurídica, que passa de um estado estático para um estado dinâmico. Assim, a segurança jurídica de uma norma se mede pela estabilidade de sua finalidade, abrangida em caso de necessidade por seu próprio movimento. Não mais se busca o absoluto da segurança jurídica, mas a segurança jurídica afetada de um coeficiente, de uma garantia de realidade. Nessa nova perspectiva, a própria segurança jurídica induz a mudança, a movimento, na medida em que ela está a serviço de um objetivo mediato de permitir a efetividade dos direitos e garantias de um processo equânime.²⁹ Em suma, a segurança já não é vista com os olhos do Estado liberal, em que tendia a prevalecer como valor, porque

27 *Arestos Levages Prestations Services vs. França*, de 23.10.1996, *Recueil*, 1996-V, p. 1543, § 40, *Brualla Gómez de la Torre vs. Agne*, de 19.12.1997, § 33, *Garcia Manibardo vs. Espanha*, de 15.2.2000. apud FRAVREAU, Aux sources..., p. 11 e nota 8.

28 A respeito, FREITAS, Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do Código* revisto. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 74-76.

29 BOURSIER, Marie-Emma. *Le principe de loyauté en droit processuel*. Paris: Dalloz, 2003, p. 408, nº 679.

não serve mais aos fins sociais a que o Estado se destina. Dentro dessas coordenadas, o aplicador deve estar atento às circunstâncias do caso, pois às vezes mesmo atendido o formalismo estabelecido pelo sistema, em face das circunstâncias peculiares da espécie, o processo pode se apresentar injusto ou conduzir a um resultado injusto.

Por outro lado, o abandono de uma visão positivista e a adoção de uma lógica argumentativa, com a colocação do problema no centro das preocupações hermenêuticas, assim como o emprego de princípios, de conceitos jurídicos indeterminados e juízos de equidade, em detrimento de uma visão puramente formalista na aplicação do direito, haveria obviamente de se refletir no processo.

Decorre daí, em primeiro lugar, a recuperação do valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, que há de frutificar pela cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo. O colóquio assim estimulado, assinala-se, deverá substituir com vantagem a oposição e o confronto, dando azo ao concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização da causa. As diretivas aqui preconizadas reforçam-se, por outro lado, pela percepção de uma democracia mais participativa, com um

conseqüente exercício mais ativo da cidadania, inclusive de natureza processual. Além de tudo, revela-se inegável a importância do contraditório para o processo justo, princípio essencial que se encontra na base mesma do diálogo judicial e da cooperação. A sentença final só pode resultar do trabalho conjunto de todos os sujeitos do processo. Ora, a idéia de cooperação além de exigir, sim, um juiz ativo e leal, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe-se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes.

Daí a necessidade de estabelecer-se o permanente concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização jurídica da causa. Colaboração essa, acentue-se, vivificada por permanente diálogo, com a comunicação das idéias subministradas por cada um deles: juízos históricos e valorizações jurídicas capazes de ser empregados convenientemente na decisão.³⁰ Semelhante cooperação, res-

30 Assim, GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 21, p. 580-609, 1966, esp. p. 587. Para Grasso, o processo deve ultrapassar o simples escopo da paz jurídica, devendo também ser direcionado à busca da verdade e da justiça, objetivos só alcançáveis, segundo ele, mediante a colaboração entre as partes e o juiz.

salte-se, mais ainda se justifica pela complexidade da vida atual.

Entendimento contrário padeceria de vício dogmático e positivista, mormente porque a interpretação da *regula iuris*, no mundo moderno, só pode nascer de uma compreensão integrada entre o sujeito e a norma, geralmente não unívoca, com forte carga de subjetividade. E essa constatação ainda mais se reforça pelo reconhecimento de que todo direito litigioso apresenta-se incerto de forma consubstancial.

Faceta importante a ressaltar é que a participação no processo para a formação da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, portanto é ela mesma o exercício de um direito fundamental.³¹ Tal participação, além de constituir exercício de um direito fundamental, não se reveste apenas de caráter formal, mas deve ser qualificada substancialmente.

Isso me leva a extrair do próprio direito fundamental de participação a base constitucional para o princípio da colaboração, na medida em que tanto as partes quanto o órgão judicial, como

igualmente todos aqueles que participam do processo (serventuários, peritos, assistentes técnicos, testemunhas, etc.), devem nele intervir desde a sua instauração até o último ato, agindo e interagindo entre si com boa-fé e lealdade.

Exemplo interessante da aplicação desse modo de ver encontra-se na jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol. Para aquela Alta Corte, o dever judicial de promover e colaborar na realização da efetividade da tutela jurisdicional não é de caráter moral, mas um dever jurídico constitucional, pois os juízes e tribunais têm a “[...] obrigação de proteção eficaz do direito fundamental [...]”. O cumprimento desse mandato constitucional de proteger o direito fundamental à tutela judicial efetiva, a que têm direito todas as pessoas, há de ser para os juízes e tribunais norte de sua atividade jurisdicional. Por isso, o Tribunal Constitucional fala da necessária colaboração dos órgãos judiciais com as partes na materialização da tutela e também no dever específico de garantir a tutela, dever que impede os órgãos jurisdicionais de adotarem uma atitude passiva nesta matéria.³²

31 Nesse sentido CANOTILHO, J. J. Gomes. Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, p. 151-163, 1990, esp. p. 155, com amparo na sugestão do *status activus processualis*, formulada por P. Häberle.

32 Cf. CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva: derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la constitución*. Barcelona: Bosch, 1994, p. 329, com menção a diversos precedentes (*Ibidem*, p. 329-330 e notas 72 a 77).

4. O FORMALISMO EXCESSIVO E AS FERRAMENTAS PARA O SEU COMBATE

Pode acontecer, contudo, e esse é o âmago do problema, que o poder organizador, ordenador e disciplinador do formalismo, em vez de concorrer para a realização do direito, aniquile o próprio direito ou determine um retardamento irrazoável da solução do litígio. Neste caso o formalismo se transforma no seu contrário: em vez de colaborar para a realização da justiça material, passa a ser o seu algoz, em vez de propiciar uma solução rápida e eficaz do processo, contribui para a extinção deste sem julgamento do mérito, obstando a que o instrumento atinja a sua finalidade essencial.

Para afastar as consequências nefastas do formalismo excessivo, pernicioso ou negativo, mostra-se necessário que o jurista, o operador prático do direito, muna-se de ferramentas que impeçam tal desvio de perspectiva.

Antes de nada, impõe-se atentar às particularidades do caso concreto no

trabalho de adaptação da norma, principal ou não, que por hipótese é geral e abstrata. Realmente, o processo de aplicação do direito mostra-se, necessariamente, obra de acomodação do geral ao concreto, a requerer incessante trabalho de adaptação e até de criação,³³ mesmo porque o legislador não é onipotente na previsão de todas e inumeráveis possibilidades oferecidas pela inesgotável riqueza da vida. Por essa via, o rigor do formalismo resulta temperado pelas necessidades da vida, assim como o conflito entre o aspecto unívoco das características externas e a racionalização material que deve levar a cabo o órgão judicial, entremeada de imperativos éticos, regras utilitárias e de conveniência ou postulados políticos, que rompem com a abstração e a generalidade. A sua vez, o juiz não é uma máquina silogística nem o processo, como fenômeno cultural, presta-se a soluções de matemática exatidão. Impõe-se rejeitar a tese da mecanicista aplicação do direito.³⁴ Semelhante constatação mostra-se válida não só no

33 Ver a propósito o ensaio de CAPPELLETTI, Mauro. *Giudice legislatori?* Milano: Giuffrè, 1984, passim, onde a questão é amplamente discutida. O problema pertence à teoria geral do direito, ingressando no plano filosófico, e por isso escapa ao tema central do presente trabalho.

34 A respeito da problemática só podemos remeter o leitor às instigantes obras de CALOGREO, Guido. *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, cit., e de CAPOGRASSI, Giuseppe. *Il problema della scienza del diritto*. Roma, Foro Italiano, 1937, o primeiro preocupado com a estrutura lógica do processo jurisdicional e o segundo com a inesgotável riqueza da experiência jurídica. O problema é tratado, em tempos mais recentes, por FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Traducción Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid, Trotta, 1995, p. 172-175, *passim*, advertindo que “em nenhum sistema o juiz é uma máquina automática; concebê-lo como tal significa fazer dele uma máquina cega, presa da estupidez ou, pior, dos interesses e condicionamentos do poder mais ou menos ocultos e, em todo caso, favorecer sua irresponsabilidade política e moral”.

plano estritamente jurídico, vinculado ao equacionamento de questões puramente de direito, como também na própria condução do processo e notadamente no recolhimento e valorização do material fático de interesse para a decisão. A esse respeito, observa-se de maneira exemplar que a maneira como opta o juiz no curso da seleção de informações leva a marca, estigmatizada, de sua versão pessoal. Mesmo a condução do processo nem sempre apresenta face uniforme, variando o ritmo imprimido a partir de elementos só encontradiços na marca individual gravada do magistrado na utilização dos instrumentos processuais, apesar da importância e do caráter cogente com que se lhe dão a produzir os procedimentos na manufatura das decisões e outras manifestações essenciais no manejo do processo.³⁵

Talvez com maior evidência, também na formação e apreciação do material fático não se verifica uniformidade. Influem para esse resultado fatores vinculados à própria individualidade do ser humano. De um lado, as informações colhidas não só podem variar em qualidade ou quantidade, como serão acolhidas e selecionadas inevitavelmente do ponto de vista pes-

soal do juiz. Ainda que a lei processual busque imprimir desejável uniformidade, a regra só indica o caminho, mas não o passo do caminhante. O subjetivismo, outrossim, revela-se ainda mais presente no próprio conhecer do juiz, na sua atitude epistemológica em face dos fatos, a variar infinitamente conforme sua capacidade intelectual com vistas a compreender, selecionar e combinar as informações e delas extrair as devidas inferências. O mesmo sucede, provavelmente com maior intensidade, na avaliação do material recolhido, tarefa em que, nada obstante a vinculação axiológica do sistema, passam a pesar, ainda que de modo inconsciente, também os próprios valores do órgão judicial, desempenhando papel importante sua sensibilidade pessoal às nuances do caso.³⁶

Esse constante trabalhar do órgão judicial com a incapacidade de previsão pela lei de todas as hipóteses possíveis, com a generalidade da regra e ainda com fatores fáticos incertos e inconstantes, agravado pelos diversos graus de sua capacidade pessoal, tanto na coleta do material probatório quanto na sua seleção e avaliação, evidencia de forma bastante clara os riscos sempre

35 LOPES, Mônica Sette. *A equidade e os poderes do juiz*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 207-209.

36 Sobre esse aspecto da subjetividade da atividade do órgão judicial, ver LOPES, *A equidade...*, p. 207 e nota 492, reportando-se à obra de IVAINER, Théodore. *L'interprétation des faits en droit: essai de mise en perspective cybernétique des 'lumières du magistrat'* Prefácio Jean Carbonnier. Paris: LGDJ, 1988, merecedora de profunda meditação pelos novos ângulos oferecidos ao tema da interpretação judicial dos fatos.

presentes de um conflito entre o valor do formalismo e o da justiça na solução do caso trazido a consideração. Aliás, a questão torna-se exatamente problematizada na passagem do abstrato ao concreto, quando podem se criar situações-limite, não previstas expressamente em lei, capazes de romper com o sentimento de justiça.

Claro, contudo, que a solução haverá de estar dentro do próprio sistema, pois, nessa matéria, como visto anteriormente, mostra-se inconveniente a atribuição de ampla liberdade ao órgão judicial. No domínio do direito processual, aliás, revela-se particularmente importante o papel do sistema, enquanto capaz de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica.³⁷ Entendimento contrário desviaria a questão do plano metodológico para situá-la, de forma indesejada, no domínio da simples ideologia, terreno em que as circunstâncias concretas passam a ter um significado excessivo, tudo

dependendo do contexto geral em que se inserem, consoante subjetiva valoração atribuída ao *status quo*.³⁸ O capricho pessoal, insista-se, não só poderia pôr em risco a realização do direito material (pense-se na hipótese de o juiz impedir, a seu bel-prazer, a realização de certas provas) como também fazer periclitar a igualdade das partes no processo, sem falar na afronta a garantias fundamentais do cidadão em face do arbítrio estatal. Nesse aspecto, influi também a excessiva valorização do rito, com afastamento completo ou parcial da substância, conduzindo à ruptura com o sentimento de justiça.

Todavia, esse mesmo sentimento de justiça – apanágio do verdadeiro juiz³⁹ – pode servir para eliminar a distância entre a abstração da norma e a concretude do caso trazido a juízo. O sentimento do justo concreto conduz ao problema da equidade com função interpretativa-individualizadora. Essa função da equidade constitui recurso normal

37 Cf. a concepção de CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste, 1989, § 1º, II, 2, p. 23.

38 Este aspecto da questão é ressaltado com argúcia por BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Tradución Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires: Eudeba, 1965, p. 27-31. Ainda segundo o notável jusfilósofo, geralmente é considerado formalista quem está contra a mudança; se a mudança é progressiva, o formalista é conservador, se no sentido da reação ou da restauração, o formalista é progressista.

39 Calamandrei costumava recordar que a própria palavra *sentenza* vem de *sentire*, a par da palavra *sentimento*, e chamava a atenção constituir a justiça “criação que nasce de uma consciência viva, sensível, vigilante, humana. É exatamente esse calor vital, esse sentido de contínua conquista, de vigilante responsabilidade que é necessário prezar e desenvolver no juiz” (CALAMANDREI apud CAPPELLETTI, Mauro. *Ideologie nel processo civile*. In: PROCESSO e ideologie. Bologna: Il Mulino, 1969, p. 3, nota 1).

posto à disposição do operador jurídico no processo de aplicação das normas, com vistas à ponderação das particularidades do caso.⁴⁰ Tal entendimento decorre de atividade conatural ao ato de julgar, expressa na compreensão *equitativa* da regra de lei, e mais amplamente do direito a aplicar no momento da decisão. Parece adequada a imagem de que nessa aplicação da regra legal, do direito *tout court*, o sistema funcione como uma *língua*, isto é, como um sistema de regras de uso das palavras da *linguagem* jurídica na qual se nomeiam os fatos a serem apreciados e julgados. E isso porque os significados expressos na língua jurídica, empregada na aplicação operativa do direito, são tão ambíguos e opináveis como as regras de uso da língua jurídica ditada pelas normas.⁴¹

Nessa perspectiva, o juízo de legalidade constata as características essenciais e comuns, enquanto o juízo de equidade ocupa-se com a compreensão das características acidentais e particulares da hipótese individual verificada,

mas sempre levando em conta o sistema em que inserido. Assim, legalidade e equidade apresentam-se como dois aspectos distintos mas logicamente indissociáveis da linguagem jurídica e do significado dos signos nela empregados, de sorte que convivem numa relação necessária e inafastável, um não existindo sem o outro. No fundo, portanto, verifica-se uma falsa contraposição entre formalismo excessivo e informalismo arbitrário, já que todos os juízos são ou devem ser mais ou menos equitativos, ou iníquos, segundo o seu grau de compreensão das conotações específicas e diferenciadas da hipótese posta à apreciação do juiz.⁴²

Dentro de tal concepção, a equidade desponta como a justiça do caso concreto, como inarredável mediação entre o caráter abstrato do sistema e as exigências das hipóteses singulares e concretas. Transcende-se a justiça abstrata e genérica da lei para alcançar-se a justiça concreta e individualizada do caso, sai-se enfim da legalidade para ingressar no direito.

40 Esse entendimento é pacífico na doutrina brasileira. Neste sentido, podem ser mencionados, e.g., LOPES, *A equidade...*, p. 75 et seq.; DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 258-267; BATALLA, Wilson de Souza Campos. *Lei de introdução ao Código Civil*. [s.n.t.], v. 1, n. 57, p. 384; BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. [s.n.t.] v. 1, p. 318. No plano filosófico, a questão remonta a ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea*. Tradución esp. J. Pallí Bonet. Madrid: Gredos, 1985, v. 10, 1137b, p. 263.

41 Cf. FERRAJOLI, *Derecho...*, p. 56. Também a correlação entre a língua e a linguagem interna do sistema mostra-se essencial para a teoria hermenêutica preconizada por FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1989, p. 231-281, assentada no teor da tradução.

42 Cf. FERRAJOLI, op. cit., p. 162-163.

Por outro lado, em direito processual, mais ainda do que em outros ramos do direito, enquanto trabalho de adaptação do geral ao concreto, a equidade relaciona-se, intimamente, com os fins da norma e da própria finalidade do processo e da tarefa afeita à jurisdição. Embora o princípio mais alto seja o da justiça, por meio de uma igualdade de todos perante a lei, não se pode esquecer o caráter essencialmente finalístico do direito processual. Finalismo esse não voltado para si mesmo, pois inexistente formalismo em si, senão direcionado para os fins últimos da jurisdição.

A esse respeito, não se pode deixar de salientar que o fim do direito é servir à finalidade pragmática que lhe é própria. Processualmente, visa-se a atingir a um processo equânime, peculiar do Estado democrático de direito, que sirva à idéia de um equilíbrio ideal entre as partes e ao fim material do processo: a realização da justiça material.

Ademais, as formas processuais cogentes não devem ser consideradas “formas eficaciais” (*Wirkform*), mas “formas finalísticas” (*Zweckform*), subordinadas de modo instrumental às finalidades processuais, a impedir assim o entorpecimento do rigor formal processual, materialmente determinado, por um formalismo de forma sem conteúdo. A esse ângulo visual, as prescrições formais devem ser sempre apreciadas conforme sua finalidade e sentido ra-

zoável, evitando-se todo exagero das exigências de forma. Se a finalidade da prescrição foi atingida na sua essência, sem prejuízo a interesses dignos de proteção da contraparte, o defeito de forma não deve prejudicar a parte. A forma não pode, assim, ser colocada “além da matéria”, por não possuir valor próprio, devendo por razões de equidade a essência sobrepujar a forma. A não-observância de formas vazias não implica prejuízo, pois a lei não reclama uma finalidade oca e vazia. Na medida em que o ponto de vista da equidade concede espaço à discricção judicial, mesmo em se tratando de prescrições formais de natureza cogente, proporciona o instrumento para a superação da até então ameaçadora inflexibilidade da forma, mormente porque a equidade (segundo Radbruch) representa a justiça do caso concreto. Uma atitude livre também toma a visão da equidade contra a letra da determinação formal. Ela rejeita toda obediência cega ao Código. Por não serem reconhecidos princípios especiais restritivos na hermenêutica das normas formais, a interpretação não deve ser “mesquinha”, mas o mais possível “generosa” e livre.⁴³

Dentro dessa linha de orientação, decidiu o Tribunal Constitucional espanhol que “[...] as normas que contêm os requisitos formais devem ser aplicadas tendo-se sempre presente o fim pretendido ao se estabelecer ditos re-

43 VOLLKOMMER, Max. *Formenstrenge und prozessuale Billigkeit*. München: Beck, 1973, p. 10-12, p. 24-27, 30, 32-39, passim.

quisitos, evitando qualquer excesso formalista que os converteria em meros obstáculos processuais e em fonte de incerteza e imprevisibilidade para a sorte das pretensões em jogo”.⁴⁴ Certamente, sempre se verifica uma contraposição entre o ideal e o realizável, e aqui, como na política e em outros campos de atuação do humano, deve prevalecer o lema de que os fins não justificam os meios: o direito material não deve ser realizado à custa dos princípios e garantias fundamentais do cidadão. O informalismo só pode ocorrer se atendida a finalidade jurídica primordial do processo de realização do direito material, em tempo adequado e preservadas as garantias e direitos fundamentais das partes. E isso porque tal preservação serve ao fim maior da justiça material da decisão, pois é bem possível, por exemplo, que o contraditório venha a demonstrar que a melhor solução não seria aquela imaginada pelo órgão judicial.

Impõe-se, portanto, a veemente rejeição do formalismo oco e vazio, que desconhece o concreto e as finalidades maiores do processo, descurando de realizar a justiça material do caso.

Se a forma não é oca nem vazia, o que importa é o conteúdo não o nome do ato processual. Significativo avanço nesse campo decorreu da célebre decretal do Papa Alexandre III, de 1160, Livro II, tit. I, *de judiciis*, cap. VI, ao dispensar as partes de exprimir no libelo o nome da ação, bastando a proposição clara do fato motivador do direito de agir⁴⁵ e da qual exsurge princípio hoje fundamental: em direito processual, o nome atribuído à parte ao ato processual, embora equivocado, nenhuma influência haverá de ter, importando apenas o seu conteúdo. De outro lado, o seu invólucro exterior, a maneira como se exterioriza, também perdeu terreno para o teor interno.⁴⁶

Por sua vez, tanto a organização do processo quanto o seu ordenamento e

44 Sentença 57, de 8.5.1984, na linha de outros precedentes, como ressalta CHAMORRO BERNAL, *La tutela...*, p. 315. Adiante, refere que o mesmo tribunal entendeu haver excesso de formalismo na inadmissão de recurso por faltar 360 pesetas num preparo de 327.846. (Ibidem, p. 317).

45 Mencionada por ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. 5. ed. adaptada por João Mendes Neto. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 133. BRIEGLEB, Hans Karl. *Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse*. Leipzig: Tauchnitz, 1859, Nachdruck des Verlages Ferdinand Keip, Frankfurt a. M., 1969, § 7, p. 20, assim a reproduz: “Nomen actionis in libello exprimere pars non cogitur; debet tamen factum ita clare proponere, ut ex eo jus agendi colligatur”.

46 Como sublinha BLOMEYER, Arwerd. *Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren*. Berlin: Springer, 1963, § 30, IV, p. 139, nota 2, reportando-se à jurisprudência alemã, quando a lei exige determinadas declarações não é necessário, por tal motivo, o emprego de “palavras solenes e determinadas”.

disciplina também não são destituídos de conteúdo. Ordem pela ordem não tem significado. Assim, se o juiz preservar as garantias das partes, vedado não lhe é adotar um ponto de vista mais maleável, adaptando o rigor formal ao caso, quando necessário para vencer o formalismo, obstaculizador da justiça na hipótese concreta. Dentro dessa visão finalista, bem ressalta a melhor doutrina brasileira que o capítulo mais importante e fundamental de um Código de Processo moderno encontra-se nos preceitos relativizantes das nulidades, integrando-se as regras referentes às nulidades no “sobredireito” processual, porque se sobrepõem às demais, por interesse público eminente, condicionando-lhes, sempre que possível, a imperatividade.⁴⁷

Aliás, cumpre advertir que rigor formal não significa interpretação “estrita” da lei processual.⁴⁸ Não só admissível interpretação sistemática e teleológica, como se impõe observada a mudança do sentido da lei pela alteração das idéias éticas fundamentais, devendo o trabalho hermenêutico jamais esquecer as linhas mestras do sistema constitucional, suas garantias e princípios, normas valorativas primaciais para a concretização de conceitos jurídicos indeterminados, preenchimento de lacunas e interpretação em geral da lei processual.⁴⁹

De tudo que foi dito e analisado impõe-se afastar o formalismo oco e vazio, incapaz de servir às finalidades essenciais do processo – relativizada assim qualquer invalidade daí decorrente –, mormente quando atente contra

47 Cf. LACERDA, Galeno. O Código e o formalismo processual. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 28, p. 7-14, 1983, esp. p. 11, e sua inspirada adaptação analógica do conceito de Ernst Zitelmann para definir as normas de direito internacional privado: direito sobre direito (*Recht über Recht*).

48 Sobre o ponto, COUTURE, Eduardo J. Interpretación de las leyes procesales. In: ESTUDIOS de derecho procesal civil. 3 ed. Buenos Aires, Depalma, 1989, v. 3, p. 14-65, esp. p. 48-52, p. 58-59, p. 62-64, dando adequado destaque aos princípios processuais na tarefa hermenêutica.

49 Assim, ROSENBERG-SCHWAB. *Zivilprozessrecht*. 12. aufl. München: Beck, 1977, § 7, II, p. 30-31. Para eles a interpretação correta deve ser procurada pelo balanceamento dos princípios processuais e ético-jurídicos, como a igualdade de tratamento das partes, a clareza e segurança do procedimento, do rigor formal, da equidade, da tutela da boa fé, da economia processual, e de uma solução rápida e definitiva do processo assim como da economia de custos e de trabalho. Esse balanceamento pressupõe também a averiguação do interesse dos participantes e da sociedade. Nessa tarefa, as decisões contrárias materialmente ou lacunas valorativas da lei devem ser resolvidas construtivamente por meio de interpretação. Para isso devem ser empregados, principalmente, a analogia, o argumento *a contrario* e a redução teleológica. Se não encontrados pontos de apoio na lei, decide por último a própria valoração livre do intérprete com consideração das idéias de justiça dominantes na jurisprudência e na doutrina.

os princípios e valores imperantes no ambiente processual, a exemplo da efetividade, da segurança, da boa-fé e lealdade e do princípio do processo justo. O que importa, ao fim e ao cabo, é o formalismo-valorativo.

De tal sorte, o formalismo excessivo deve ser combatido com o emprego da equidade com função interpretativa-individualizadora, tomando-se sempre como medida as finalidades essenciais do instrumento processual (processo justo e equânime, do ponto de vista processual, justiça material, do ponto de vista material), e os princípios e valores que estão à sua base, desde que respeitados os direitos fundamentais da parte e na ausência de prejuízo.

Interessante aplicação do princípio da finalidade essencial vem sendo implementada pelos juízes de direito de Porto Alegre que geralmente convertem *de ofício* o procedimento sumário em ordinário. E a decisão decorre de interpretação construtiva do art. 244 do CPC, argumentando-se que, diante das dificuldades da estrutura judiciária, atingir-se-á de modo mais cabal a finalidade do processo sumário – uma mais rápida e eficiente solução da controvérsia judicial – com a adoção do rito ordinário. A solução, com ser engenhosa, parece estar dentro dos limites do sistema, ainda mais que aumenta as

possibilidades de defesa do demandado e não implica qualquer prejuízo a algum princípio processual fundamental. Em suma, no caso, a efetividade serve à segurança e relativiza a eventual nulidade decorrente da alteração do procedimento. Nem se argumente com um eventual interesse público na preservação do rito, do *due process of law*, como um valor absoluto e abstrato. Como bem acentua Galeno Lacerda, certa, sem dúvida, a presença de interesse público na determinação do rito. Mas, acima dele, se ergue outro, também público, de maior relevância: o de que o processo sirva, como instrumento, à justiça humana e concreta, a que se reduz, na verdade, sua única e fundamental razão de ser.⁵⁰

Outro exemplo notável desse trabalho de adaptação estampa-se no acórdão unânime da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça,⁵¹ em que, à vista das circunstâncias especiais do caso concreto, afastou-se a decadência de ação rescisória, porque a intempestividade do recurso extraordinário, admitido por força de agravo, fora declarada um decênio depois, não tendo se dado por unanimidade e baseada em interpretação discutível. A ementa do julgado mostra-se bastante expressiva: “Processo Civil. Ação rescisória. Recurso inadmitido por intempestividade. Início do

50 LACERDA, O Código..., p. 10.

51 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 299-RJ. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo. J. 28 ago. 1989. *Revista de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, n. 4, p. 1554-1562, 1989.

prazo decadencial. Correntes. Exegese. Mesmo quando se perfilha a corrente segundo a qual o prazo decadencial para o ajuizamento da rescisória se conta do trânsito em julgado da decisão e não do acórdão que não conheceu, por intempestivo, do recurso, uma vez que a interposição extemporânea desse não elide o trânsito já consumado, circunstâncias especiais do caso concreto podem afastar o reconhecimento da decadência. A melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo na exegese dos textos legais pode levar a injustiças.”

Por outro lado, constitui exemplo emblemático de formalismo excessivo a extinção do processo sem julgamento do mérito, depois de realizada a prova, em primeiro ou segundo grau de jurisdição, somente por considerações de ordem formal, com absoluta prevalência do meio sobre o fim. Nessa fase adiantada do processo, nenhuma razão justifica o reconhecimento da inadequação da forma especial (por exemplo: a inadequação de ação regressiva pela via da denúncia da lide, por não se tratar de garantia própria, com introdução de fundamento novo ou matéria nova), se já existem todos os elementos necessários ao pronunciamento de mérito. Para que afrontar os princípios da efetividade e da economia processual e começar tudo de novo em outro juízo, quando já é possível o pronunciamento sobre o mérito, com a realização das finalidades essenciais do processo? Apenas por que a *forma* denúnciação

da lide não é admitida, e sim a *forma* ação autônoma de regresso? Todavia, o próprio Código dá resposta adequada à indagação. Consoante o disposto na regra contida no art. 250 do CPC, o erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais. Mesmo assim, e o ponto é assaz importante, nos termos do parágrafo único do mesmo dispositivo, dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa.

Essas considerações também são válidas para a hipótese em que o autor, dispondo embora de título executivo extrajudicial, opte por propor ação de conhecimento. Como bem ressalta a respeito Humberto Theodoro Jr., soa falso, diante do processo civil contemporâneo, defender a carência de ação de cognição por parte do credor simplesmente em razão de dispor de título executivo extrajudicial que, de modo algum, o isenta de disputas e questionamentos no que se relaciona com o negócio jurídico subjacente. O interesse necessário ao manejo de qualquer ação está na necessidade que toca à parte de recorrer ao processo jurisdicional para evitar um dano jurídico. É a existência do litígio que representa essa possibilidade de dano. Como a previsão de execução forçada não impede a formação do litígio entre credor e devedor, continuam as partes – tanto o credor como o devedor – com a possibilidade

de, antes ou independentemente da execução, recorrerem ao processo de conhecimento para obter o definitivo acerto de suas posições jurídicas na ordem material.⁵² Impende acrescentar a essas judiciosas observações que, tendo eventualmente tramitado o processo e atingido sua finalidade essencial, a sua extinção sem julgamento do mérito, por falta de interesse, implicaria no fundo do formalismo excessivo, oco e vazio.

Por outro lado, o formalismo-valorativo, informado nesse passo pela lealdade e boa-fé, que deve ser apatrimônio de todos os sujeitos do processo, não só das partes,⁵³ impõe, como visto anteriormente, a cooperação do órgão judicial com as partes e destas com aquele. Esse aspecto é por demais relevante no Estado democrático de direito, que é tributário do bom uso pelo juiz de seus poderes, cada vez mais incre-

mentados pelo fenômeno da incerteza e complexidade da sociedade atual e da inflação legislativa, com aumento das regras de equidade e aplicação dos princípios. Exatamente a lealdade no emprego dessa liberdade nova atribuída ao órgão judicial é que pode justificar a confiança atribuída ao juiz na aplicação do direito justo.⁵⁴ Ora, tanto a boa-fé quanto a lealdade do órgão judicial seriam flagrantemente desrespeitadas sem um esforço efetivo para salvar o instrumento dos vícios formais.

Do mesmo modo, dentro dessa visão cooperativa, impõe-se ao juiz mandar suprir qualquer falha na formação do instrumento que acompanha o recurso de agravo, quando se trate de peça não obrigatória, embora necessária para o julgamento.⁵⁵ O ideal, por sinal, seria que essa atividade saneadora do juiz se estendesse também às peças

52 THEODORO JÚNIOR., Humberto. Tutela diferenciada: opção do credor entre a ação executiva e a ação ordinária de cobrança. In: STUDI di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia. Milano: Giuffrè, 2005, p. 2527-2548.

53 Note-se que o art. 14 do CPC, redação da Lei n. 10.358, de 27.12.2001, imputa o dever de proceder com lealdade e boa-fé a “todos aqueles que de qualquer forma participam do processo”.

54 Sobre essa nova realidade, a tese fundamental de BOÛRSIER, *Le principe...*, p. 372-377, passim.

55 Merece aplausos a orientação atual do STJ, adotada pela Corte Especial, no julgamento do BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 433687-PR. Relator para o acórdão: Min. Fernando Gonçalves. J. em: 5 maio 2004. DJU 4 abr. 2005, p. 157, decisão encimada desta significativa ementa: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEÇAS FACULTATIVAS. ESSENCIAIS AO JULGAMENTO. JUNTADA POSTERIOR. OPORTUNIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1 - A falta de peças essenciais ao julgamento, mas de colação facultativa, não previstas no art. 525, I do CPC, somente obsta o conhecimento do agravo se, oportunizada a sua juntada, queda-se inerte a parte interessada. 2 - Embargos de divergência conhecidos e recebidos para determinar a intimação do agravante, a fim de juntar os documentos considerados indispensáveis”.

obrigatórias, o que contudo depende de reforma legislativa.⁵⁶

Também em homenagem ao princípio da boa-fé e lealdade, não pode o juiz elastecer, além do razoável, os pressupostos de admissibilidade do recurso, para facilitar o seu trabalho. Assim, se a semelhança dos casos confrontados diz respeito ao núcleo do direito, demonstrando a necessidade de uniformização jurisprudencial (nos casos, v.g., de recurso especial por dissídio de julgados ou de embargos de divergência), inadmissível não conhecer do recurso porque se verifica dessemelhança em pontos fáticos irrelevantes.

A boa-fé e a lealdade impedem, ainda, a criação de situações que impliquem verdadeira armadilha procedimental, fazendo o processo sucumbir a exigências meramente formais, distantes da verdadeira finalidade da lei e estabelecidas por meio de raciocínios elaborados para dar à norma sentido completamente diverso. A matéria está também vinculada à transparência e clareza na aplicação do direito, aspectos ligados à segurança jurídica.

Veja-se, por exemplo, a questão da possibilidade de interposição do recurso via *fac-símile*, instituída pela Lei n. 9.800, de 26 de maio de 1999. Num país

de dimensões continentais como o Brasil, procurou-se facilitar a vida dos cidadãos, permitindo-se a transmissão do recurso com o emprego de sistema de transmissão de dados e imagens, dentro do prazo do recurso, e mediante entrega dos originais em juízo “necessariamente até cinco dias da data do seu término”, isto é, da data do término do prazo do recurso (Lei n. 9.800/1999, art. 2º). Essa é a finalidade essencial da inovação. O prazo para juntada dos originais só será contado da data da recepção do material se o ato não estiver sujeito a prazo, o que evidentemente não abrange os recursos (Lei n. 9.800/1999, § único do art. 2º). Invocando, porém, o princípio da consumação, parte da jurisprudência do STJ inverteu totalmente o sentido da lei e praticamente revogou o mencionado art. 2º, para entender que, em todas as hipóteses, o prazo para entrega dos originais deverá ser de até cinco dias da data da recepção do material. Bem de ver, no entanto, que a preclusão consumativa decorre de que o exercício da faculdade determinou fosse alcançada a finalidade do ato, o que consumaria o interesse na sua prática.⁵⁷ Na espécie em comento, no entanto, não se trata de praticar novamente o ato, mas de juntar o ori-

56 O CPC português, na feição adquirida depois das reformas de 1996 e 1997, ao instituir a cooperação como princípio basilar (art. 266) não descurou de determinar salutarmente no art. 742, 4, que “Se faltar algum elemento que o tribunal superior considere necessário ao julgamento do recurso, requisitá-lo-á por simples ofício”.

57 GUARNERI, Giuseppe. Preclusione (diritto processuale penale). In: NOVISSIMO digesto italiano. Napoli: UTET, [s.d.], v. 13, p. 570-576, esp. p. 574.

ginal da cópia antes enviada, hipótese em que a própria lei cuidou de resguardar o efeito consumativo permitindo a entrega dessa peça cinco dias após o término do prazo do recurso. O interesse continua existindo porque não basta o envio da cópia, sendo imprescindível a remessa do original, para que a finalidade do ato seja alcançada. Ademais, a desagradável, e às vezes terrível surpresa, de ver o recurso não conhecido por intempestividade, nada tem a ver com a visão cooperativa do processo, única capaz de conduzir a uma efetividade virtuosa e não simplesmente pernicioso, preocupada esta somente com a performance, com a estatística, mas não com os valores fundamentais do processo. Seria importante uma reflexão a respeito do assunto, em prol inclusive da necessária legitimação do Poder Judiciário perante a sociedade civil, de fundamental importância no Estado democrático de direito.

Também o princípio da segurança pode afastar o formalismo excessivo.

Inaceitável, portanto, não conhecer do recurso porque o carimbo autenticador, de lavra do próprio tribunal, está ilegível. À evidência, não pode a parte pagar por erro da secretaria do tribunal. Mormente, porque a tanto impede o princípio da confiança legítima, corolário do

princípio da segurança. A isso se ajunta o princípio da cooperação, a que está obrigado o órgão judicial. Cumpre, portanto, em tal hipótese, a se pretender afastar os riscos de um processo de caráter dualístico e privado, já ultrapassado, determinar até de ofício seja a dúvida esclarecida pela parte interessada.

Se a parte, ao ingressar com agravo, relacionou as peças que formam o instrumento, entre elas todas as obrigatórias, seria inadmissível não fosse conhecido o recurso por faltante uma destas, quando o processo chegou ao relator. A parte não pode ser prejudicada por falha da secretaria ou do tribunal e a confiança legítima nos atos da administração, corolário do princípio da segurança, assim como o princípio da cooperação, impõe seja reaberto prazo para a erradicação da falta.

A aplicação do princípio da confiança legítima também é de utilidade nos equívocos nas informações processuais prestadas por rede de computadores operadas pelo Poder Judiciário, como ocorre no Estado do Rio Grande do Sul, porque estas podem induzir em erro o usuário e provocar a perda de prazo. Em tal hipótese, aplicando-se o princípio e o disposto no art. 183, 2ª parte, e respectivos parágrafos, é possível reconhecer justa causa e relevar a falta.⁵⁸

58 Aplicando o princípio da confiança em casos dessa espécie, o RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 6ª Câm. Cív. AI 70005354196. Relator: Des. C. A. Alvaro de Oliveira. 27 ago. 2003, v.u.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª T. REsp 390.561. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. DJU 26 ago. 2002, p. 175; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª. Turma. REsp 49.456/DF. Relator: Min. Barros Monteiro. J. em: 25 out. 1994. DJU 19 dez. 1994, p. 35.321; em contrário, entre outros, RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 6ª Câm. Cív. AC 70008133027, Redator para o acórdão: Des. Palmeiro da Fontoura. 9 jun/2004.

Exemplo paradigmático, tanto de excesso de formalismo quanto de sua correção pelas normas maiores do sistema brasileiro, ocorreu no Rio Grande do Sul. Em determinada demanda movida contra esse Estado, seis antigas assistentes judiciárias reclamaram o reconhecimento do direito de opção pela carreira de defensor público, assegurado no art. 22 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias anexo à Constituição de 1988. O ente estatal, ao contestar a demanda, reconheceu a situação fática incontestada das autoras, mas lhes negou o direito, ao argumento de que a norma transitória só albergaria os funcionários concursados, não aqueles em desvio de função. No juízo de apelação, órgão fracionário do Tribunal de Justiça entendeu de acolher o pedido em relação a quatro das postulantes. Rejeitou, porém, o pedido de duas delas, sob o fundamento de inexistência de prova do desempenho das funções de defensoria pública anteriormente à instalação da Assembleia Nacional Constituinte, considerando despida de eficácia a admissão da contestação por se tratar de ente estatal, incidindo o disposto no parágrafo único do art. 302 do Código de Processo Civil. Verificou-

se, portanto, um giro de cento e oitenta graus, porquanto se tornara incontroverso nos autos o próprio suporte fático da regra constitucional transitória. A parte surpreendida ainda tentou elucidar o juízo interpondo embargos declaratórios, ao qual anexou certidão passada pelo Estado comprovando a circunstância fática reclamada pela decisão. O recurso, porém, não logrou êxito, pois a Câmara julgadora entendeu ter passado o momento próprio para a apresentação de documentos, não se podendo emprestar efeito infringente a essa modalidade de inconformidade. O acerbado conflito entre justiça e formalismo encontrou exemplar corretivo em decisão do 2º Grupo Cível do mesmo Tribunal, por via do remédio excepcional da ação rescisória.⁵⁹ Prevaleceu a tese de que fora infringido o princípio do contraditório, pois o órgão judicial não poderia ter surpreendido a parte, sem ouvi-la previamente, em questão de fato fundamental para a decisão.⁶⁰

Se o nome não importa, e sim o conteúdo, constitui sinal indiscutível de formalismo excessivo deixar de receber como arresto o pedido de apreensão e depósito de algum bem para prevenir dano, com vistas a assegurar a futura

59 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ação rescisória n. 595132226. Redator designado: Des. José Maria Rosa Tesheiner, com substancioso voto de vista do Des. Araken de Assis. J. em: 10 maio 1996. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 338, p. 301-309, abr./jun. 1997. em que atuou como advogado das autoras o autor destas linhas.

60 Trata-se, efetivamente, de um novo conceito, mais dilargado, do princípio do contraditório, hoje adotado na doutrina e na prática judiciária européia. Ver a respeito OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. [s.n.t.]

execução de provável crédito. Da mesma impropriedade padece o indeferimento de pedido de arresto por não atender às abstrusas exigências do art. 813 do CPC, ao argumento de que se deveria ter arrimado no poder cautelar geral do juiz previsto no art. 798. O nome é o que menos importa!

5. CONCLUSÃO

Em conclusão pode-se afirmar que o sistema brasileiro dispõe de meios suficientes para vencer o formalismo pernicioso e conduzir o processo a suas reais metas. Mostra-se necessária, tão-somente, uma atitude mais aberta, talvez uma mudança de mentalidade, para o enfrentamento de problemas dessa ordem.

Adverta-se, no entanto, que o juiz não pode ser arbitrário e desprezar o formalismo virtuoso, a seu bel prazer. Por isso mesmo, a solução da situação problemática, gerada pela antinomia entre a justiça

e o formalismo concreto encontra encaminhamento e solução apenas dentro do discurso jurídico, proferido este com a linguagem que lhe é própria. Não se esqueça que a apreensão hermenêutica da realidade, inclusive a jurídica, só é possível porque o sujeito cognoscente conhece de antemão a linguagem em jogo e o alcance da instrumentação nela empregada.⁶¹ E o discurso jurídico só obriga até onde conduza a sua força de intrínseca persuasão, força vinculante que há de assentar no sistema jurídico (constitucional e infraconstitucional), nas valorações e princípios dele emanantes, e nas valorações sociais e culturais dominantes no seio da coletividade, enfim no direito como totalidade, para que tudo não redunde a final em puro arbítrio.⁶² Nesse difícil, mas necessário equilíbrio, em que exerce papel fundamental o dever de motivação adequada do ato judicial, habita a força e a legitimação da justiça perante a sociedade civil.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. 5. ed. adaptada por João Mendes Neto. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea*. Tradución esp. J. Pallí Bonet. Madrid: Gredos, 1985.

61 GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode*. 4. ed. 1975, p. 250 et seq. apud MENEZES CORDEIRO, A. Introdução. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Calouste, 1989, p. LIV.

62 Ver a respeito o excelente prefácio do tradutor português, MACHADO, J. Baptista. Prefácio. In: ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1968, p. XXIII, nota 4.. quando trata da descoberta do direito *praeter legem* e *contra legem*, esp. p. LVII e LVIII.

- AZEVEDO, Plauto Faraco de. Poder judiciário e justiça social. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 63, p. 5-16, mar. 1995.
- BAUR, F. Funktionswandel des Zivilprozesses? In: BEITRÄGE zur Gerichtsverfassung und zum Zivilprozessrecht. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1983.
- BERLIN, Isaiah. A busca do ideal. In: HARDY, Henry (Org.) *Limites da utopia: capítulos da história das idéias*. Tradução Valter Lellis Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.
- BLOMEYER, Arwerd. *Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren*. Berlin: Springer, 1963.
- BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Tradución Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires: Eudeba, 1965.
- BOURSIER, Marie-Emma. *Le principe de loyauté en droit processuel*. Paris: Dalloz, 2003.
- BRIEGLEB, Hans Karl. *Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse*. Leipzig: Tauchnitz, 1859.
- CALAMANDREI, Piero. *Istituzioni di diritto processuale civile*. In: OPERE giuridiche. Napoli: Morano, 1970. v. 4.
- _____. La genesi logica della sentenza civile. In: *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965. v. 1.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste, 1989.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, p. 151-163, 1990.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- CAPOGRASSI, Giuseppe. *Il problema della scienza del diritto*. Roma, Foro Italiano, 1937.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Giudice legislatori?* Milano: Giuffrè, 1984.
- _____. Ideologie nel processo civile. In: PROCESSO e ideologie. Bologna: Il Mulino, 1969.
- CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva: derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la constitución*. Barcelona: Bosch, 1994.
- COUTURE, Eduardo J. Interpretación de las leyes procesales. In: ESTUDIOS de derecho procesal civil. 3. ed. Buenos Aires, Depalma, 1989. v. 3.
- DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Lei de introdução ao Código Civil*. [s.n.t.]. v. 1. BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. [s.n.t.]. v. 1.
- FABRI, Giovanni. Potere del giudice (dir. proc. civ.). In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giffre, 1985. v. 34.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Traducción Perfecto Andrés Ibañez. Madrid, Trotta, 1995.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito:*

- técnica, decisão, dominação. São Paulo; Atlas, 1989.
- FRAVREAU, Bertrand. Aux sources du procès équitable: une certaine idée de la qualité de la justice. In: LE PROCÈS équitable et la protection juridictionnelle du citoyen. Bruxelles: Bruylant, 2001.
- FREITAS, Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do Código revisto*. Coimbra: Coimbra, 1996.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. 4. ed. México: Porrúa, 1951.
- GAUL, Hans F. Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses. *Archiv für die Civilistische Praxis*, n. 168, p. 27-62, 1968.
- GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 21, p. 580-609, 1966.
- GUARNERI, Giuseppe. Preclusione (diritto processuale penale). In: NOVISSIMO digesto italiano. Napoli: UTET, [s.d.]. v. 13. p. 570-576.
- HABSCHEID, Walther J. *Droit judiciaire privé suisse*. Genève: Librairie de L'Université, 1981.
- IVAINER, Théodore. *L'interprétation des faits en droit: essai de mise en perspective cybernétique des 'lumières du magistrat'* Prefácio Jean Carbonnier. Paris: LGDJ, 1988.
- JHERING, Rudolf von *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Aalen: Scientia Verlag, 1968.
- LACERDA, Galeno. O Código e o formalismo processual. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 28, p. 7-14, 1983.
- _____. Processo e cultura. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, n. 3, p. 74-86, 1962.
- LOPES, Mônica Sette. *A equidade e os poderes do juiz*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- MACHADO, J. Baptista. Prefácio. In: ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1968.
- MARCUS-HELMONS, Silvio. Quelques aspects de la notion d'égalité des armes (Un aperçu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme), in Aux sources du procès équitable une certaine idée de la qualité de la Justice. In: LE PROCÈS équitable et la protection juridictionnelle du citoyen. Bruxelles: Bruylant, 2001.
- MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel. *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*. Paris, LGDJ, 2002.
- MENEZES CORDEIRO, A. Introdução. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Calouste, 1989.
- MOREIRA, J. C. Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: TEMAS de direito processual: 2ª série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. O juiz e o princípio do contraditório. [s.n.t.]
- _____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 372, p. 77-86, mar./abr. 2004.
- PICARD, Nicola. Processo civile (dir. moderno). In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1987. v. 36.

- POLLAK, Rudolf. *Sistem des Österreichischen Zivilprozessrechtes*. 2. ed. Wien: Manz, 1932.
- REALE, Miguel. *Fundamentos do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- ROSENBERG-SCHWAB. *Zivilprozessrecht*. 12. aufl. München: Beck, 1977.
- SCHIMA, Hans. Compiti e limiti di una teoria generale dei procedimenti. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, n. 7, p. 757-772, 1953.
- SCHMIDT, Eike. *Der Zweck des Zivilprozess und seine Ökonomie*. Tübingen: Athenäum, 1973.
- SILVA, Carlos Augusto. *O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- STEIN, Friedrich. *Das Private Wissen des Richters: Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, 2. Aalen: Scientia, 1987.
- THEODORO JÚNIOR., Humberto. Tutela diferenciada: opção do credor entre a ação executiva e a ação ordinária de cobrança. In: *STUDI di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*. Milano: Giuffrè, 2005.
- TROLLER, Alois. *Von den Grundlagen des Zivilprozessualen Formalismus*. Basel: Helbing, Lichtenhahn, 1945.
- VOLLKOMMER, Max. *Formenstrenge und prozessuale Billigkeit*. München: Beck, 1973.

Da instituição do *Poder Familiar*, em perspectiva histórica, moderna e pós-moderna

Carlos Silveira Noronha*

1. NOÇÕES PRELIMINARES

Nas primeiras escaramuças do direito antigo o instituto que estabelece a autoridade paterna em relação à pessoa dos filhos, na história da civilização humana, apresentou feições e atitudes muito severas e rígidas que se tornaram tradicionais, influenciando poderosamente para estabelecer situações de austeridade paterna nas crenças religiosas concebidas pelos nossos antepassados, atrelados com firmeza quase indestrutível, na época.¹

Fustel de Coulanges, em sua obra mais conhecida, fez ressaltar com nitidez a influência da religião acerca da constituição da então *patria*

potestas, quando assim se manifestou: “Nos tempos antigos, o pai não é somente o homem que tem a força, aquele que pode impor a submissão, é também o sacerdote, o herdeiro do lar doméstico, o continuador dos antepassados, o tronco da descendência, o guarda dos ritos misteriosos do culto e das fórmulas sagradas. A religião inteira reside nele”.²

Assim sendo, embora não refletindo exatamente os caracteres da instituição moderna do *poder familiar*, era admitida na Antiguidade Clássica, notadamente em Roma, na figura da *patria potestas*, que visava apenas os interesses do chefe da família, representada pelo *pater familias* enfeixando em seu

* Professor titular na Faculdade de Direito da UFRGS e na Faculdade de Direito São Judas Tadeu de Porto Alegre; mestre e doutor em Direito, pela USP.

1 CLOVIS BEVILAQUA – *Direito de Família*, § 73, p. 462-463, Ramiro M. Costa & Cia. Editores, Recife, 1896.

2 FUSTEL DE COULANGES, *La Cite Antique*, (original), p. 116.

comando tanto os poderes de ordem pessoal como os de ordem patrimonial. No terreno pessoal, o *pater* dispunha sobre o filho do desumano *jus vitae et necis*, direito de vida e de morte, portanto, o direito de matá-lo, o de transferi-lo a outrem *in causa Mancipi* e o de entregá-lo como indenização, mediante o *ius noxae dandi*. No âmbito patrimonial, o filho era equiparado ao escravo, *servus*, sem qualquer bem patrimonial, pois tudo que por ele era adquirido integrava o patrimônio do *pater*.³

No transcurso dos tempos foram se restringindo os poderes do *pater familias*, notadamente os de caráter pessoal, iniciando-se a amenização a partir do governo de Constantino, convertido ao catolicismo no edito de Milão, no ano 313 d.C., e, ao tempo de Justiniano o *jus vitae et necis* fora abolido e bem assim o *ius noxae dandi*, que não passavam de meras recordações históricas.

Na época moderna, a autoridade paterna despiu-se de seu caráter tirânico e egoístico que o impregnava, influenciada notoriamente pelo cristianismo a partir do Concílio de Trento, realizado entre 1545 e 1563, quando alcançou bases nitidamente humanísticas e altruístas.

E nos dias atuais, sob o influxo do novo estágio pós-moderno, a autoridade

paterna foi estendida a ambos os genitores, visando não mais o interesse dos pais, mas dirigindo-se ao interesse dos filhos e da própria família, com enfoque na paternidade responsável, positivada no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal, o que pode ser considerada a posição correta.⁴ No entanto, baseado em novas e atuais propostas sociais e judiciais, mais ousadas, o instituto granjeou avançadas dimensões que chegam até a surpreender os espíritos mais cautelosos e preocupados com a estrutura basilar da família.

2. DO CONCEITO E DAS DENOMINAÇÕES DO INSTITUTO

O conceito romano atribuído à autoridade dos pais em relação aos filhos não deve ser levado em conta, em épocas modernas e pós-romanas, porque o instituto estava então dissociado das versões acolhidas em períodos que àqueles sucederam.

Para Clóvis, primeiro jurista pátrio a definir o instituto, o pátrio poder (atual poder familiar) é o *conjunto de direitos que a lei confere ao pai sobre a pessoa e os bens de seus filhos legítimos, legitimados ou adotivos*,⁵ enquanto Pontes de Miranda, oferece conceito mais completo, nos

3 Ver Nouvo Digesto Italino, verbete Família, nº 4; WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil – Direito de Família*, p. 946-347, 37. ed., Saraiva, S. Paulo, 2004.

4 Ver dentre muitos outros autores, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *idem*, p. 347.

5 CLÓVIS BEVILAQUA – *Direito de Família*, § 73, p. 461-462, Ramiro M. Costa & Cia, Recife, 1896.

seguintes termos: *Pátrio poder (hoje poder familiar) é o conjunto de direitos que a lei concede ao pai, ou à mãe, sobre a pessoa e bens do filho, até a maioridade, ou emancipação desse, e de deveres em relação ao filho.* Continua o luminar autor salientando, em linguagem da época, que o instituto *não tem como pressuposto essencial o nascimento, a filiação, mas a lei ou acordo legal que assim disponha: daí serem submetidos ao pátrio poder, não só os filhos legítimos, legitimados e ilegítimos reconhecidos, como também, os adotivos.*⁶ Todavia, a mais completa definição do instituto está no artigo 264, do Código Civil Argentino, nos seguintes termos: *La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado*, abordando no mesmo dispositivo legal as situações dos filhos matrimoniais, a dos filhos de pais separados, a dos filhos de pais mortos, a dos filhos extramatrimoniais reconhecidos voluntariamente pelos pais e a dos filhos declarados como tais judicialmente.⁷

No direito positivo brasileiro, não há uma definição de *poder familiar*, não

se devendo, aliás, levar em consideração tal omissão, de vez que não é papel do legislador definir preceitos jurídicos positivados. Em realidade, nem as Ordenações Filipinas vigentes no Brasil a partir da independência e até a entrada em vigor da nossa primeira codificação civil de 1916, por força da disposição de 20 de outubro de 1823, votada pela Comissão encarregada de elaborar a Constituição Imperial de 1824, definiam o *poder familiar*, na época chamado *poder paternal*. Também Teixeira de Freitas, na sua *Consolidação das leis civis*, de 1859, ao abordar o instituto no artigo 88, nota 17, o definiu de modo semelhante.

De resto, a codificação civil de 1916, que contempla o instituto nos artigos 379 a 395, também não o define, mas, traz regras específicas a respeito dos titulares que podem exercê-lo (arts. 380-383), dos deveres e cuidados especiais em relação à pessoa dos filhos (art. 384), sobre a administração dos bens dos filhos (arts. 385-390) e outros.

De igual modo, a vigente codificação civil de 2002, apesar de alterar a denominação do instituto para *poder familiar*, não o define. Aliás, deve ser registrado que no projeto original pretendia-se manter a nomenclatura anterior de *pátrio poder*. Mas, acatando idéia de Miguel Reale, foi alterada a denominação do instituto para *poder familiar*, para conformar-se com o

6 PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, tomo IX, § 976, p. 110, Ed. Borsoi, Rio, 1971.

7 *Código Civil Argentino*, art. 264, p. 104, Ed. Ricardo de Zavalía, Buenos Aires, 1999.

preceito constitucional que estabelece a plena igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher na sociedade conjugal (Const. Art. 226, § 5º), entendimento que foi adotado pelo legislador sob o fundamento de que a denominação anterior privilegiava a situação do pai perante os filhos, dando a impressão, à primeira vista, de que a mãe poderia exercer papel menos importante em relação aos filhos.

No entanto, no sistema pátrio, o conceito de *poder familiar* vem da doutrina, pois na visão originariamente adotada pela codificação civil anterior (art. 380), era a instituição concebida como *o complexo de direitos que a lei confere ao pai sobre a pessoa e os bens dos filhos*.

Mas, com as modificações introduzidas na lei nacional, e especialmente com o chamado Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4121/62), que modificou a redação do pré-citado artigo 380, competia aos pais o então chamado *pátrio poder*, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. É que, também sociologicamente e filosoficamente, não se justificava que a mãe não tivesse iguais direitos e deveres. A lei acabou por reconhecê-los.

Esse conjunto de direitos, a que se refere o conceito acima, tem caráter tutelar e protetivo no direito moderno, visando mais o interesse do filho que, em razão de sua idade precoce, necessita de um orientador ou protetor. Não mais se dirige à tutela de interesse do *pater*, como no direito antigo. A autoridade dos pais sobre os filhos não se

reveste só de conteúdo jurídico, mas também de conteúdo moral e sociológico, pois é emanção de um poder que emerge de um núcleo social, tal como é a família, ou uma entidade familiar, hoje reconhecida pela nossa Carta Política de 1988 (art. 226, §§ 3º e 4º) que abrange não só as uniões de fato estáveis, como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Quanto à denominação do instituto do *poder familiar*, ocorreram, no transcurso dos tempos, as mais variadas alterações, a começar por Roma, onde a *patria potestas*, era atribuída ao *Pater familias*, com dessemelhanças quanto à estrutura, objeto e fins da instituição moderna.

No período dos Séculos Mudos (séculos V a XI), decorrente da invasão dos bárbaros e a decadência do Império Romano do ocidente, em 476 d.C., e ainda com o renascimento do direito justiniano com a Escola de Bolonha, no ano 1088, não se registraram modificações sensíveis na *patria potestas* originária, como, de resto, alterações dignas de nota não ocorreram no período do *utroque jus*, chamado direito universal da humanidade, aplicável onde não houvesse direito foral local.

Nas legislações modernas, alterou-se principalmente o conteúdo dessa instituição familiar, passando-se a conceber nela não mais certas vantagens advindas para os genitores, mas o interesse e proveito dos filhos que também sobremaneira importam os interesses de uma convivência har-

mônica da sociedade familiar e da sociedade como um todo.⁸

Nos tempos modernos, a primeira codificação que abordou o instituto, sob a denominação de *puissance paternelle*, foi o Código Napoleão de 1804, que assim o nominou originariamente nos artigos 371-387, segundo a lição dos Mazeaud,⁹ posteriormente alterada para *autorité parentale*; no direito alemão, foi adotado inicialmente a denominação de *patria potestad* nos §§ 1.626-1.698, para os filhos matrimoniais e nos §§ 1.705-1.717, para os filhos extramatrimoniais, tendo sido alterada para *elterliche Gewalt* ou *cuidado paterno*, ambas na tradução espanhola;¹⁰ no Código Italiano, segundo os textos dos artigos 315-342, o instituto denomina-se *potestà genitoria*, como bem explica Bianca, em sua obra.¹¹ No entanto, há na doutrina italiana autores, como Foschini e Nicolosi, que defendem a denominação *patria potestà*, segundo revela Cunha Gonçalves.¹²

Na legislação civil portuguesa a autoridade dos pais em relação aos

filhos, segundo dispõem os artigos 1.878-1.926, do Código Civil, é denominada *poder paternal*, divergindo flagrantemente do direito romano, no qual a *patria potestas* significava *uma couraça jurídica do pai, a quem o filho ficava sujeito ainda que fosse de maior idade e não carecesse de sua proteção*,¹³ ao passo que em Portugal, era, como hoje, uma instituição tutelar do filho, que apenas ordena e fiscaliza a vida do filho e confere-lhe as benesses da criação, educação e segura orientação.

Nas legislações de países de idioma espanhol, como na própria Espanha, na Argentina, no Uruguai, no Chile, Paraguai e em outros países hispano-americanos, a autoridade paternal recebe a denominação de *patria potestad*. No Código Civil espanhol, encontra-se nominada nos artigos 154-171; na codificação civil argentina, nos artigos 264-310; na lei civil uruguaia, nos artigos 252-301; no Código Civil chileno, nos artigos 243-268 e na legislação civil paraguaia, a instituição

8 CUNHAGONÇALVES. *Tratado de Direito Civil*, vol. II, Tomo I, nº 198, p. 421, Ed. Max Limonad, S. Paulo, 1955.

9 MAZEAUD e MAZEAUD, *Leçons. Tome Premier*, nº 1136-1190, p. 506-542, Ed. Mentchrestien, Paris, 1967.

10 ENNECERUS, KIPPY e WOLFF. *Tratado de Derecho Civil*, Tomo 4º - Derecho de Familia, trad. esp., § 10, p. 76, Ed. Bosch, Barcelona, 1979; HEINRICH LEHMANN - Derecho de Familia, trad. esp., vol. IV, p. 31, Editorial *Revista de Derecho Civil*, Madrid, 1953.

11 MAXIMO BIANCA, *Diritto Civile*, Tomo II - *La Famiglia e le Successioni*, nº 151, pp. 285-286 Giuffrè editore, Milano, 2001.

12 LUIS DA CUNHA GONÇALVES, *Idem*, *ib.*, p. 421, nota nº 490.

13 LUIS DA CUNHA GONÇALVES, *Idem*, *ib.*, p. 422.

da *patria potestad* encontra-se regulada por lei especial, a Ley nº 903/81, que trata do Código do Menor, segundo dispõe o artigo 248, do Código Civil daquele país.

3. DA ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA INSTITUIÇÃO

A origem primeira da autoridade parental dos pais em relação aos filhos seus deve recuar aos mais remotos tempos, não se podendo deixar de lembrar, quiçá, ao fato bíblico da criação do homem sobre a terra, nas figuras de Adão e Eva, constante no Livro do Gênesis, que diz: *Faça-se o homem à nossa imagem e segundo a nossa semelhança, para que domine, sobre os peixes do mar, sobre as aves do céu, sobre os animais de toda a terra e sobre todos os répteis que rastejam sobre a terra, dizendo Deus em seguida às suas criaturas: Sede fecundos, multiplicai-vos, enchei a terra e submetei-a.*

E em razão dessa sentença divina, Adão e Eva procriaram, nascendo de sua união Caim e Abel. Sobre eles, à evidência, embora a omissão do registro

bíblico, exerceram os genitores um *primevo poder familiar*, não obstante não haverem conseguido evitar o sacrifício extremo do segundo, pela malevolência do primeiro, que recebeu a reprovação divina.

Com um grande salto histórico, a partir do registro bíblico, deve ser referido que a consubstanciação da autoridade paternal sobre a pessoa do filho, verificou-se já em época pré-romana pelos hebreus, persas, gálatas e em geral pelos povos pré-clássicos, consoante revelações de Aristóteles (*Ethic a Nicômaco*, VIII, 10) e de César (*Commentarii De Bello Gallico*, VI, 19), a que a generalidade dos romanistas se referem.¹⁴

Mas é em Roma, na expressão de Gaio, que a *patria potestas* se apresenta mais aperfeiçoada e institucionalizada, embora existam diferenças notáveis entre a instituição romana e a que experimentou evoluções nos períodos temporais intermediários do direito comum (*utroque jus*), do direito moderno, até alcançar-se o advento da chamada pós-modernidade.¹⁵

Porém, não discordam os tratadistas de que Gaio pretendeu referir-se aos escravos, os quais, segundo o acatado

14 EUGÈNE PETIT. *Tratado Elemental de Derecho Romano*, trad. esp., nº 83, p. 143-144 e nota 2, Editorial Albatroz, Buenos Aires, 1970.

15 É de GAYO, vertida em língua vernácula, a seguinte manifestação: Também estão sob a nossa potestas nossos filhos, isto é, aqueles que procriamos no matrimônio. Este direito é próprio dos cidadãos romanos, pois quase não existem povos que tenham um tal poder sobre seus filhos como o que nós temos, isto é, o que o consagrado Adriano declarou em edito que dirigiu aos que pediam para si e para seus filhos a cidadania romana. Não olvido, todavia, que nação dos gálatas tenha acreditado que os filhos estão sob o poder dos pais. (*Instituciones*, 55, versão bilingüe latim-espanhol, Editorial Civitas SA, Madrid, 1985).

jurista clássico revela no parágrafo anterior de suas *Institutas*, também estavam sob a autoridade paternal de seus senhores, embora em condições menos vantajosas que a dos *filii familias*.

Dessa situação não dissente a doutrina romanista, isto é, de que *filii* e *servi* submetiam-se ao poder do *pater familias*. Mas, de igual modo, não se discute que na patriarcalidade havia distinções entre a *potestas* e o *dominium* relativamente ao escravo, pois o poder dominial para o último consubstancia-se numa relação de direito patrimonial, na qual o *servus* não era senão um objeto do direito, como qualquer coisa, enquanto perante a potestade era o mesmo figurante de uma relação jurídica que lhe reconhecia a condição humana.¹⁶

Durante os primeiros séculos da idade romana, o poder paternal fez do chefe de família um sacerdote que presidia o culto familiar e um verdadeiro magistrado doméstico, que tomava as mais variadas decisões, sendo-lhe facultado executar sobre seus subordinados as penas mais rigorosas. Eram-lhe permitidos, v.g., o poder *vitae et necis*, o de vendê-los a terceiros e o de abandoná-los a qualquer sorte, ou ainda,

o de entregá-los como indenização *noxae deditio*. Esta situação imperou durante todo o período régio e, embora com moderações, no período republicano, quando o poder do chefe para determinar a morte do filho que estava sob sua potestade, devia contar com os parentes mais próximos ou com pessoas importantes, tais como senadores, consoante o relato de Aulus Gellius (*Noctes Attices*, V, 19) e o testemunho de autores da historiografia do Direito.¹⁷

Todavia, a partir do Principado, foram relaxados muitos abusos do poder paternal, havendo Adriano, que subiu ao trono, no ano 117 d.C., expedido um edito que castigava um *pater* à pena de expatiação, por haver matado seu filho, culpável de adultério com a sogra. E já no final do segundo século da era cristã os poderes do *pater familias* estavam reduzidos a um modesto direito de correção, de tal modo que ensejou uma significativa máxima do jurisconsulto Marciano, inspirada na filosofia estoica: *Nec patria potestas in pietate debet, nec atrocitate consistere*.

Na época de Antonino Caracala, no início do século III da era cristã, foi declarada ilícita a venda dos filhos, havendo Diocleciano (285-305) d.C.)

16 VITTORIO SCIALOJA, *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, p. 265-266, Ed. Anônima Romana Editoriale, Roma, 1934.

17 FUSTEL DE COULANGES, sobre o assunto assim se manifestou: Le père est le premier près du foyer; il l'allume et l'entretien; il en est le pontifice. Dans tous les actes religieux il remplit la plus haute function; il égorge la victime; la bouche prononce la formule de prière qui doit attirer sur lui et les siens la protection des dieux. La famille et le culte se perpétuent par lui; il représent à lui seul tonte la série des descendants. Sur lui repose le culte domestique (*La Cité Antique*, p. 94, Édition Hachette, Paris, 1881).

proibido qualquer tipo de alienação dos *filii*, fosse mediante venda, doação ou empenho (garantia). O sucessor deste, Constantino (306-337), influenciado pela doutrina da Igreja Católica do Ocidente, a que se converteu no Edito de Milão, em 313 d.C., decidiu que, em qualquer caso, todo aquele que tivesse mandado matar seu filho, seria castigado como parricida.¹⁸

Todos os componentes da família estavam unidos pelo vínculo da *agnatio*, ou parentesco civil, eis que nos primeiros tempos irrelevante tornou-se o vínculo da *cognatio*, ou parentesco consanguíneo. Esta veio adquirir real importância somente na primeira metade do século IV, com Constantino e sob as instâncias da Igreja, como se viu. Finalmente, com Justiniano (527-565 d.C.), desapareceu, de modo definitivo, a *agnatio*, restando suficiente a *cognatio* para estabelecer os vínculos de família.¹⁹

Destarte, na família romana incluíam-se pessoas estranhas à gênese familiar hoje concebida pelo direito moderno, no que se é levado a concluir que o conceito antigo de *poder familiar* apresentava-se sobremodo discordante em relação ao atual, porquanto é no complexo familiar que se apóia. E há entre tratadistas de tomo a advertência de que *comparando-se o paternal poder na forma como se apresentava*

na antiga Roma, com o mesmo instituto na roupagem que hoje o reveste, nota-se uma tão profunda modificação em sua estrutura, que não se pode acreditar se trate da mesma instituição. Com efeito, a idéia que se tem é a de que o tempo provocou uma evolução tão radical em seu conteúdo, que afetou a própria natureza do poder paternal, segundo doutrinadores pátrios, entre os quais Silvio Rodrigues.²⁰

Na Idade Média, registra-se um conflito entre a orientação transmitida através da legislação justiniana que prevaleceu nos países de direito escrito, de um lado, e de outro, a linha do antigo direito germânico, muito mais branda e inspirada mais no interesse do filho do que no do pai, que vigeu nos países de direito costumeiro. Enquanto o Código Napoleão seguiu a linha germânica, o direito português das Ordenações seguiu a orientação romana, porém, já com os abrandamentos que o instituto sofreu através dos tempos. E é nesse sentido que se caracteriza o *poder familiar* no direito moderno, onde se transformou em instituição de caráter protetivo das pessoas que, tendo vínculo consanguíneo ou civil com outrem que lhes deve proteção, encontrem-se impossibilitadas parcial ou totalmente para dirigir suas vidas e exercer seus direitos.²¹

18 EUGÈNE PETIT, ob. cit. nº 83, p. 145-147 e notas 4 e 5.

19 GAETANO SCHERILLO, *Corso di Istitutioni di Diritto Romano*, Vol., I, § 13, nºs 29-31, p. 180-201, Edizione La Goliardica, Milano, s/data.

20 SILVIO RODRIGUES – *Direito Civil* – Direito de Família, Vol. 6, nº 172, p. 395, 27. ed. Saraiva, S. Paulo, 2002.

21 SILVIO RODRIGUES, ob. cit., vol. 6, nº 172, p. 397.

No âmbito do direito europeu-conti-nental, a doutrina francesa, com base nas disposições do Código napoleônico, concebeu a então *puissance paternelle* da seguinte maneira, na tradução portuguesa: *O poder paternal é o conjunto de poderes e de direitos que a lei confere ao pai e à mãe sobre a pessoa e bens de seus filhos, para lhes permitir satisfazer os próprios deveres.*²² O instituto do *poder familiar* denomina-se atualmente no sistema francês *autorité parentale*.

Há que se entender que os direitos representam uma situação conseqüente aos deveres, mas é certo que no *poder familiar*, como de resto nos demais direitos protetivos, a plêiade de deveres é de maior abrangência que a dos direitos. Essa é a filosofia adotada pela lei pátria, recolhida mesmo de manifestação dos tribunais, pois já anteriormente à edição do nosso primeiro Código Civil, em julgado de 6 de novembro de 1909, o Tribunal de Justiça de São Paulo concebia o *poder familiar* como o conjunto de direitos e poderes que a lei concede aos pais, sobre a pessoa e bens dos filhos menores, para que possam cumprir os seus deveres, ocasião em que reputava conseqüentes aos direitos os deveres.²³

4. DO CONCEITO DE FAMÍLIA E ENTES AFINS

Como registra Fustel de Coulanges, se nos reportarmos ao pensamento histórico do passado, encontraremos, sem dúvida, em cada lar um altar, ao redor do qual estava reunida a família, em cada manhã, para realizar suas preces ao fogo sagrado, e, ainda ao redor do altar, para as refeições, e à noite, para invocar a proteção dos deuses mais uma vez.²⁴

O princípio da família, na Antigüidade Clássica, não era o afeto natural, pois este, embora existisse no fundo dos corações, não era relevante para o direito. Deste modo, o que unia os membros da família antiga era algo mais poderoso que o nascimento, que o sentimento, que a força física, mas primordialmente a religião do fogo sagrado e dos antepassados, de modo que a autoridade paterna ou marital restava longe de ter sido a causa primeira da constituição da família, porque esta originou-se da religião.²⁵

Transitou a família e se fez presente em todos os séculos, não se podendo olvidar que o seu primeiríssimo gérmen reside no registro bíblico, no livro do Gênesis, a criação dos primeiros seres

22 EMMANUEL VERGÉ e GEORGES RIPPert – *Nouveau Répertoire de Droit*, tome III, p. 667, Ed. Dalloz, Paris, 1949.

23 PONTES DE MIRANDA, ob. cit., tomo IX, §§ 974-976, p. 105-113.

24 FUSTEL DE COULANGES – *A Cidade Antiga*, trad. port. de Frederico Ozenam Pessoa de Barros, vol. I, p. 69, Editora das Américas, S. Paulo, 1961.

25 FUSTEL DE COULANGES, ob. cit., p. 70.

humanos nas figuras de Adão e Eva e de seus filhos Caim e Abel, como já se lembrou supra.

Todavia, percorridas largas passadas históricas, vai-se encontrar a família com certa estrutura e organização em Roma, onde teve presença efetiva. E no sistema romano, sob a autoridade do *pater familias*, tinha ela uma constituição complexa, formada pela *cognatio* e pela *agnatio*, resultante a primeira, do parentesco consanguíneo, entre pais e filhos, e a segunda, sem relação de consanguinidade, emergente de um liame estabelecido pelo *jus civile* de pessoas que se agregavam ao *pater*, situação que, na atualidade, pode ser caracterizada como parentesco civil.

Na época moderna, desapareceu a *agnatio* do modelo romano, ainda que seu gérmen esteja configurado no atual instituto da adoção, mas com conteúdo e efeitos bastante diversos daqueles da Antigüidade Clássica.

No estágio em que vive a humanidade, abandonado o modelo da família patriarcal, a família moderna apresenta uma acepção sócio-jurídica, com duas formações distintas. Uma restrita, composta de pais e filhos de qualquer origem, consanguíneos e adotivos, e outra, mais abrangente, constituída pelos pais, filhos consanguíneos e adotivos e, ainda, por todos os parentes ligados por relação de sangue em linha reta e cola-

teral e pelos integrantes do parentesco afim. A primeira composição é, habitualmente, chamada *família nuclear*²⁶ e a segunda será mais adequado denominá-la *família pluriparental*.

De qualquer maneira, a família moderna, sob o modelo restrito, tem como papéis precípuos a preservação de uma moral familiar fundada na sedimentação de sentimentos afetivos e na perpetuação da espécie pela geração da prole. E esta deve ser gerada mediante relações sexuais, enobrecidas por foros de moralidade e dignidade humana para alcançar os demais fins que adornam e enriquecem a personalidade dos seus componentes,²⁷ podendo ainda a filiação ser obtida por meio de procriações artificiais, visando a atender os interesses humanos e sociais daqueles casais que por questões de saúde não podem gerar filhos biológicos.

Filiada à família *Civil Law* do direito europeu-Continental, que é de origem romano-canônica, a nossa legislação apresenta, na configuração da instituição da família, quatro ordens de relações: a *relação conjugal*, a pertinente ao *parentesco por consanguinidade*, a relativa ao *parentesco civil* e, por último, a que diz com o *parentesco afim*.

A *relação conjugal* é a célula-mater composta por marido e mulher, formando o núcleo base da família natural, constituída pelos pais e filhos, porque fundada na

26 É a denominação proposta por CARLOS ALBERTO BITTAR – *O Direito Civil na Constituição de 1988*, p. 61, Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1990.

27 MÁRIO AGUIAR MOURA – *Concubinato*, nº 3, p. 19, 3. ed., Editora Síntese, Porto Alegre.

afinidade entre os cônjuges e na consangüinidade entre estes e a prole. Conquanto não seja a relação conjugal uma relação de sangue, acha-se congregada mediante uma fusão física, espiritual, afetiva, solidária e duradoura, de modo a formar o suporte psicológico e material da família, cercando-a de uma relevância tal, no mundo dos valores, que leva a doutrina a recitar, em sua defesa, um hino de louvor, qualificando-a como *núcleo fundamental e irreduzível das nações, manancial perene de virtudes privadas e públicas, miniatura do Estado..., instituição milenária e universal que espíritos insensatos, desvairados e perversos têm procurado dissolver; numa progressiva relaxação, sacrificando ao egoísmo e aos vícios dos indivíduos os superiores interesses da coletividade*.²⁸

O *parentesco consangüíneo* é o vínculo que se estabelece entre pessoas que descendem uma da outra ou todas de um tronco comum, fundando-se numa comunidade de gerações. O primeiro tipo de relação parental constitui o parentesco em linha reta; o segundo, o colateral ou transversal, ou em linha oblíqua. Ambos formam o parentesco consangüíneo.

O *parentesco afim*, que se fixa por determinação da lei (C. Civil, art. 1.295), é o liame jurídico que se opera entre um dos consortes e os parentes consangüíneos do outro, sendo ilimitado na linha reta e restrito na colateral, até o segundo grau (Cód. Civil, art. 1.595 e §§ 1º e 2º). Este não integra a família natural ou biológica.

O *parentesco civil* resulta da adoção e constitui-se no vínculo jurídico que une o adotante e o adotado. Há agora apenas a adoção plena, regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), e pelo Código Civil de 2002 (arts. 1.618 a 1.629), a qual se opera mediante processo e sentença judicial. O filho passa, a partir do ato de adoção, a integrar-se no seio de uma família legítima, ou seja, aquela que se constitui segundo a lei civil.

Além do módulo familiar fundado no casamento civil ou no casamento religioso com efeitos civis, há que se considerar a existência de outros módulos afins à família, aos quais reconhece a lei a categoria de *entidade familiar*, alinhando-os como entes equiparados à família tradicional milenarmente reconhecida e regulada pela ordem jurídica. Tais são a união estável entre homem e mulher, sem impedimentos para o casamento, e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, consoante as definições contidas nos §§ 3º e 4º do artigo 226 da Constituição Federal, denominadas *entidades familiares*, sendo que a doutrina optou por chamar a última *entidade familiar monoparental*.

Pela composição que apresentam estas, reunindo em seu núcleo os companheiros e a prole eventual, por um lado, ou a comunidade formada por um dos pais e seus descendentes, por outro, pode-se conceber que nestas duas figuras, admitidas pela sociedade e reconhecidas pela ordem jurídica, contêm-

28 LUIS CUNHA GONÇALVES, *idem*, *ibidem*, vol. I, tomo I, p. 243.

se os elementos necessários à formação de uma *família natural*, equiparada à que é constituída pelo casamento.

Acresça-se que o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigos 28 a 32) fala em um ente, que denominou *família substituta*. Mas, na verdade, esta não é outra entidade nova, senão a própria família tradicional e os entes a esta equiparados, como a entidade familiar formada por união estável e a entidade familiar monoparental, que recebem uma criança ou adolescente mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da-quele que em qualquer dessas categorias é recebido.

Segundo a dita lei especial (art. 28), é através dos instrumentos da guarda, ou da tutela, ou da adoção plena que se constitui o ente chamado *família substituta*, hábil a abrigar menor carente de família natural ou em estado de abandono.²⁹

De tudo o que se acabou de examinar, há que se concluir, que a família tradicional e as entidades familiares, incluídas nestas a constituída pela *união estável* e a chamada pela doutrina *entidade familiar monoparental*, constituem

os sustentáculos em que basilarmente se apóia, se desenvolve e esse perfectibiliza a instituição do *poder familiar*.

No sistema francês existe o *Conseil de Famille* (Code Civil, arts. 407-416), que se constitui após a morte de um ou de ambos os pais, com a finalidade de opinar acerca das atribuições da *tutela*, que se constitui na falta da *autorité parentale*, na defesa dos interesses do menor, inclusive no que diz com a escolha do tutor, no caso de falecimento dos dois ou de apenas um dos genitores, havendo mais de um ascendente habilitado a exercer a *tutela* (Code Civil, art. 403). Este conselho é composto de quatro a seis membros, escolhidos entre os ascendentes, colaterais e demais pessoas ligadas por estreita amizade à família do menor, dele não participando nem o juiz, nem o tutor (Code Civil, art. 407). Segundo a doutrina, o Conselho de Família francês tem as características de pessoa moral.³⁰ Tendo como fonte o sistema francês, a mesma instituição do Conselho de Família (*Familienrath*) foi acolhido também pela codificação civil alemã.³¹ No direito pátrio, embora fosse objeto

29 Sobre o tema, v. PAULO LÚCIO NOGUEIRA – *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, p. 37 e segs., Saraiva, S. Paulo, 1991.

30 A respeito do Conseil de Famille francês, V. RENÉ SAVATIER – *Cours de Droit Civil*, tomo I, nºs 473-477, p. 241-243, Édition LGD, R. Pichon et R. Durand – Auzias, Paris, 1947.

31 A instituição do Conselho de Família na Alemanha foi regulada no BGB, §§ 1.858 a 1.881, tendo o primeiro, na tradução espanhola, a seguinte redação: § 1.858: Un Consejo de Família debe ser instituído por el Tribunal de Tutelas, si el padre o la madre legítima del pupilo han ordenado la institución V. ENNERCERUS, KIPPY WOLFF – *Tratado de Derecho Civil*, trad. esp., apêndice – *Código Civil Aleman* (BGB), p. 381-385, Bosch Casa Editorial, Madrid, 1955; Heinrich Lehmann – *Derecho de Família*, trad. esp., p. 474-475, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953.

de algumas cogitações genéricas, a dita instituição não tomou corpo. O Conselho Tutelar, criado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90, arts. 131 a 140) não tem similitude com o Conselho de Família alemão.

5. DOS CARACTERES DO PODER FAMILIAR

O *poder familiar* qualifica-se como situação jurídica de natureza peculiar do ponto de vista técnico, por estar constituído por um complexo de direitos e deveres atribuídos às personagens que nele atuam. Diante dessa perspectiva, apresenta características próprias que o distinguem de outros institutos semelhantes de carácter protetivo.

Em primeiro lugar, não se desenvolve o poder paternal numa relação jurídica com direitos e obrigações correlatos. Embora a faculdade de agir dos pais possa corresponder a um dever do filho, não se estabelece entre eles uma relação do tipo obrigacional, tal qual a que se forma entre credor e devedor, nem nele se pode enxergar, na sua feição moderna, um direito real sobre a pessoa do filho, como inicialmente ocorria no sistema romano. Destarte, o *poder familiar* constitui um *mínus* imposto pelo Estado aos pais, que transcende o direito privado e se transfere para o âmbito do direito público. É o *poder*

familiar pela doutrina considerado um *direito-função*, um poder-dever que se colocaria em posição intermédia entre o *poder* e o *direito subjetivo*,³² caracterizando-se, *ab initio* por ser *personalíssimo* em relação à pessoa dos pais e, em consequência, estar protegido por *inalienabilidade*, *irrenunciabilidade*, *imprescritibilidade* e *indisponibilidade* ou *indelegabilidade*.

Todas essas cláusulas restritivas ao poder-dever dos titulares do *poder familiar* decorrem da natureza da instituição, segundo a qual os pais têm o encargo, que lhes é imposto por lei, de defender com a maior presteza os direitos e interesses de toda ordem dos filhos.

A *imprescritibilidade* quer significar que o *poder familiar* dos pais não decai pelo só fato destes deixarem de exercê-lo por certo tempo, pois, de regra, todos os direitos pertinentes à família são imprescritíveis, ou melhor, não decadenciais, salvo as exceções referidas na lei, entre as quais não se incluem as situações que dizem respeito ao exercício do *poder familiar*.

A *indisponibilidade* do dever dos titulares quanto ao exercício desse poder parental resulta como decorrência necessária e lógica da *inalienabilidade*, restrição que veda aos pais o direito de alienar, hipotecar, ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que

32 ORLANDO GOMES – *Direito de Família*, nº 229, p. 368, 7. ed., Forense (4ª tiragem), Rio, 1992.

ultrapassem os limites da simples administração, segundo Pontes de Miranda.³³

No que diz com a *irrenunciabilidade* ao exercício da instituição, já se manifestou a jurisprudência que dela não se pode cogitar, nem mesmo nos casos de separação judicial, divórcio, nulidade ou anulabilidade de casamento, segundo a regra dos artigos 1.583 e 1.584, da codificação atualmente vigente, nem, tampouco, é suscetível de ser objeto de transação, devido à sua *indisponibilidade*.³⁴

A restrição da *indelegabilidade* da instituição do *poder familiar* quer significar que não é permitido aos titulares desse tipo de poder-dever parental, delegá-lo a quem quer que seja, e por qualquer forma admitida em direito para a delegação a outrem de atos ou negócios jurídicos privados e isso pelo fato de representar o *poder familiar* situação que retrata um valor de alta transcendência para os filhos e, ainda, por que a ordem jurídica elege exclusivamente a pessoa dos pais para exercerem esse poder-dever, devido ao liame parental e ao estreito laço afetivo que é interagido entre pais e filhos.

Por fim, o talhe restritivo que caracteriza o *poder familiar* como *personalíssimo* referentemente às pessoas do pai e da mãe, que o exercem com exclusividade. Por tal razão, não é lícito a estes despirem-se, abdicar ou de qualquer modo afastar-se espontaneamente do seu exercício. Em decorrência

de tal restrição, não pode o *poder familiar* ser objeto, nem mediante negócio jurídico privado, nem de sucessão *mortis causa*.

Aliás, no caso de extinção da instituição, por morte do pai e da mãe, também extinto resulta o dito poder parental, hipótese em que é substituído pela figura da *tutela*, segundo as disposições do artigo 1.728 da atual codificação civil, restando os filhos, em tal caso, sob a autoridade de um tutor, nomeado por testamento ou outro documento autêntico dos pais falecidos, na forma do artigo 1.729 e parágrafo único da mesma codificação civil, ou, ainda, mediante intervenção do Ministério Público e sentença judicial.

Em derradeiro, caracteriza ainda o instituto do *poder familiar* o fato de ensinar, entre os personagens que dele participam uma relação de autoridade e de sujeição, pois enquanto os genitores exercem uma atividade de comando, os filhos devem sujeitar-se ao dever de obediência.

6. DOS TITULARES E DOS BENEFICIÁRIOS DO PODER FAMILIAR EM FACE DAS INSTITUIÇÕES QUE LHE SERVEM DE BASE

Relativamente aos sujeitos que integram a relação jurídica de *poder familiar*, cabe referir que nela se agrupam no pólo ativo um ou dois persona-

33 PONTES DE MIRANDA – *Tratado*, tomo IX, § 980, p. 123, Edição Borsoi, Rio, 1971.

34 Ver PONTES DE MIRANDA, *idem*, *ib.*, § 976, p. 113.

gens, pai e mãe, que exercem esse poder-dever, enquanto no pólo passivo um ente humano ou uma pluralidade de entes humanos, que recebem o benefício da atuação dos primeiros, até a maioria plena ou emancipação, devendo-se referir que leis tributárias, especialmente as do imposto sobre a renda, bem como previdenciárias, têm admitido a dependência econômica de filhos matriculados em cursos de ensino superior, até 24 anos, o que não deixa de ser uma *longa manus* parcial do *poder familiar*, em âmbito de proteção econômica.

Destarte, dependendo do elenco de filhos que integram o núcleo familiar, a relação jurídica pode ser *simples* ou *complexa*. *Simples*, se o casal, o pai ou a mãe, tiver apenas um filho; *complexa*, na hipótese inversa, quando os consortes, ou um deles individualmente tiver mais de um descendente. Como se vê, a complexidade opera-se sempre no pólo passivo, porquanto no pólo ativo não pode haver mais de um pai ou de uma mãe.

Deve ser salientado que a complexidade no pólo passivo da relação de *poder familiar* deve-se não à pura e simples pluralidade de filhos, mas à diversidade de modo de ser, de sensibilidade, de aspirações e de graus de afetividade, apontados pela psicologia e até pela antropologia, que cada filho pode manifestar perante os pais, cabendo a estes perscrutar a maneira mais

adequada para resolver as diferenças individuais de cada qual, sem afetar a harmonia do núcleo familiar.

Na vigência da nossa codificação civil de 1916 estava estabelecido no artigo 380, que o exercício do então chamado *pátrio poder* competia aos pais, denotando claro acolhimento da doutrina e legislação francesas, expressadas no artigo 373 do Code Napoleon, que estabelecia competir a titularidade para o exercício do instituto, lá atualmente denominado *autorité parentale*, aos pais em conjunto ou a um deles, em falta do outro.³⁵

A atual codificação civil pátria de 2002, alterou a denominação do instituto para *poder familiar*, como já se registrou supra. Todavia, estabelece que a titularidade dos pais em estado de casados e dos companheiros em união estável é conjunta, abrangendo pai e mãe, salvo na falta de um deles, situação em que o exercício do poder/dever concentra-se na pessoa do remanescente.

Sem dúvida, a base primeira e preponderante em que se apóia a instituição do *poder familiar* está no casamento civil e no religioso com efeitos civis, devido à estabilidade e à segurança de que se reveste a instituição matrimonial, pois esta se acha fundada na afinidade íntima entre marido e mulher e na relação de consangüinidade que provém da geração

35 EMMANUEL VERGÉ e GEORGES RIPPET, ob. cit., tomo III, p. 667, Ed. Dalloz, Paris, 1949. O artigo 372, tem a seguinte redação: *Lês père et mère exercent en commun l'autorité parentale.*

da prole. E deve ser observado que, conquanto não se configure vínculo consanguíneo entre os cônjuges, achasse caracterizado o casamento por uma fusão física, espiritual, afetiva, solidária, vitalícia e tendente à perpetuidade, sendo formadora de verdadeiro suporte básico da família.³⁶

É de se notar que, devido à evolução social, política e cultural verificada nos tempos moderno e pós-moderno, vem a família sendo objeto da contemplação dos Estatutos fundamentais dos Estados da comunidade internacional e também na nossa Constituição, no sentido de introduzir alteração na estrutura, na organização e na manutenção da família, estabelecendo, inclusive, a plena igualdade entre os cônjuges e a paridade de direitos entre os filhos havidos ou não no casamento. E, por conceber o poder político ser a família formada pelo casamento o ente que constitui a célula fundamental em que repousa a estabilidade e a solidez do complexo social como um todo e inclusive o do próprio Estado, é que vem este com ela se preocupando profundamente.

Por tais fundamentos, nada mais razoável, equânime, coerente e justo constituir-se na família matrimonial a base mais serena, sólida e segura do *poder familiar*, objeto deste trabalho.

Mas, como já se referiu acima, os Estatutos políticos e a legislação infra-constitucional vêm também admitindo

outras entidades paralelas e equiparadas à família tradicional formada pelo casamento civil, como o faz a nossa Constituição Federal de 1988. Destarte, afora a relação matrimonial fundada no casamento, que ainda é a regra, encontram-se reconhecidos pela nossa Carta Política (art. 226, §§ 3º e 4º) outros módulos assemelhados à família e denominados *entidades familiares*, que desde muito já conviviam no contexto social, inclusive mediante o beneplácito da jurisprudência, quanto à *relação patrimonial*, mas sem o expresse, reconhecimento da lei, quanto à *relação de natureza pessoal*, como era o caso da *união de fato*, pela doutrina denominada *concubinato puro*. O legislador constitucional, reconhecendo a existência de fato dessa união, desde os mais remotos tempos, tanto no âmbito das sociedades alienígenas, como no seio da nossa sociedade, conferiu-lhe juridicidade, chamando-a de *união estável*, constituída por pessoas de sexo oposto, desimpedidas para o casamento, e caracterizada pela convivência pública, contínua e duradoura (Cód. Civil, art. 1.723 e §§), equiparando-a ao casamento civil.

Pois bem, a segunda base em que se apóia a instituição do *poder familiar* está na entidade familiar formada por um homem e uma mulher, constituindo uma *união estável*, a cujos componentes defere a lei a titularidade para

36 V. CARLOS SILVEIRA NORONHA, artigo de doutrina denominado Fundamentos e evolução histórica da Família na ordem jurídica, in *Revista Direito & Justiça* da Faculdade de Direito da PUC-RS, vol. 20, p. 68-69, Ano XXI, 1979.

exercerem esse poder-dever em relação à pessoa de seus filhos, atuando os companheiros em conjunto, ou um deles com exclusividade, na falta ou no impedimento do outro.

Além dos entes supra mencionados, há que se referir a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, a que a Constituição também reconhece e a categoriza como *entidade familiar*, à qual a doutrina convencionou chamar *entidade familiar monoparental*.

Há que se observar, que essa denominação não é muito feliz, porquanto, havendo a Lei maior se reportado a *descendentes*, pode esta categoria de parentes em linha reta abranger não só os filhos, como estender-se a netos, bisnetos, etc., de vez que o parentesco em linha reta é ilimitado, projetando-se para o infinito. Assim sendo, diante da abrangência da regra constitucional, poderá vir a ocorrer no caso concreto, uma situação de *pluriparentalidade* ao invés de uma *monoparentalidade*, como propõe a dita doutrina.

Mas, de qualquer maneira, o pai ou a mãe, que reunir sob seu amparo descendentes seus, constitui-se titular do exercício do poder/dever em relação aos descendentes, formando, assim, a terceira base em que se ampara o *poder familiar*. No entanto, já que qualquer daqueles o exerce individualmente, se ocorrer a hipótese de perda do poder-dever, por qualquer circunstância, inclusive pelas causas constantes no artigo 1.638 do Código Civil, os descendentes passarão ao regime de *tutela*,

diante da inexistência de outro ascendente para exercer o encargo.

Além da relação matrimonial e das entidades familiares admitidas e tuteladas pela lei, outros entes têm sido, à margem do texto constitucional e da legislação infraconstitucional, proclamados como tais por parcela da doutrina e da jurisprudência, pretextando equipará-los aos modelos familiares contemplados no texto constitucional e na lei civil.

Com efeito, deve-se salientar que as uniões de fato entre pessoas do sexo oposto, ainda que formadas à margem da lei, justificadas pelas correntes doutrinárias e jurisprudenciais pelo seu *caráter afetivo* não estariam, *a priori*, militando em agressão às leis da natureza, porque ocorrem entre pessoas com diversidade de sexo. No entanto, controvertem a ordem jurídica civil, porquanto esta só acolhe e tutela os modelos que se constituem em conformidade com seus princípios e regras. Por outro lado, e com maior razão, estabelecem-se em flagrante agressão, não só às leis da natureza, como também à ordem jurídica, as uniões entre pessoas de mesmo sexo.

Argumentam os adeptos dessa corrente que as uniões, embora alheias e estranhas aos paradigmas legais, constituídas por pessoas de sexo oposto ou até de mesmo sexo, têm sua existência fundada, precipuamente, na *afetividade*, que as atrai a ajustar entre si uma convivência comum. Todavia, é preciso seja o fator afetivo examinado com muita prudência, cautela e responsabilidade, porquanto o mesmo se projeta no mundo

dos valores como atitude pessoal, individual e egoística de alguém que, ao seu talante e mero apetite, desrespeita todos os demais ditames do direito de família que recebe universalmente, através dos séculos, a proteção da ordem social e da ordem pública e se caracteriza pela indisponibilidade do interesse do indivíduo como tal.

Argumentam mais os proclamadores da união de fato fundada na *afetividade* que nem a Constituição Federal, nem a lei civil impõem a diversidade de sexos como requisito para a celebração do casamento, ou para a constituição da união estável, razão por que, argumentam, não poderá a ordem jurídica nacional vedar nem a união constituída por pessoas de sexo oposto, nem a ajustada entre pessoas de mesmo sexo, quando estas duas formas de união estiverem fundadas na *afetividade*.

Ora, a afirmativa dessa corrente posta-se como estranha e surpreendente, pois traz a impressão de que os seus autores, em assim agindo, pretendem traçar o caminho para fugir dos métodos válidos de interpretação da lei, eis que, se por um lado tentam aditar à lei conteúdo que lhe é estranho, por outro, intentam retirar dela conteúdo que lhe é expresso, adotando semântica diametralmente contrária ao texto positivo. E tal entendimento reflete inteiro desrespeito às regras jurídicas e princípios tutelares da família constituída pelo casamento e da entidade familiar formada pela união estável, fazendo, inclusive, vistas grossas e ouvidos moucos aos impedimentos vedatórios das referidas uniões extraleais, pois tais regras e princípios são de ordem pública.

Pretendem também os adeptos dessa corrente, sob o construído e cansado argumento do *preconceito*, afastar não só as regras e princípios jurídicos, mas também os princípios morais e éticos que amparam as uniões legais, como se a moral social comum a todos os cidadãos e a ética individual que cada qual deve observar, pudessem ser pura e simplesmente desprezadas para atender as pretensões individualistas e egoístas em prol de alguém que não quer se sujeitar aos ditames da ordem jurídica estabelecida para todos indistintamente.

E dizem mais os seguidores dessa doutrina que o legislador é também *preconceituoso*, porque vem deixando à margem da lei as mencionadas uniões. Mas não são atentos para o fato de que a lei resulta de um consenso de maioria da sociedade, que entenda ser certo fato ou situação conveniente, favorável, agradável e satisfatório para o convívio social, pois, se não o for, não poderá ser acolhido pela lei, porque esta passaria a agradar uma minoria e desagradar a maioria dos cidadãos a que ela se dirige. Assim sendo, não deve ser esquecido que é princípio e apanágio do Estado democrático de direito que todas as situações e notadamente as leis são discutidas, aprovadas e decididas por consenso da maioria, de modo que a ordem jurídica estatal está também sujeita a essa principiologia. São essas, evidentemente, as razões pelas quais o legislador não conferiu juridicidade às uniões embasadas na *afetividade*, porque elas não gozam, sabidamente, do consenso majoritário da população.

Por outro lado, afirma essa corrente que o juiz, em face da inexistência de

regra jurídica, venha a criá-la. Ora, é preciso ter presente que a atividade jurisdicional criadora de lei inexistente no sistema positivo estatal, está a exercer tarefa que agride, em primeiro lugar, a estrutura organizativa e funcional do Estado de Direito, materializando indevida confusão entre os poderes e acarretando a instabilidade da ordem jurídica. É que o magistrado, em assim agindo, estará editando a lei no presente para regular fato transato, mediante infringência do princípio da irretroatividade da lei. Demais, investindo-se irritantemente nas funções de outro poder, interfere no processo legislativo; interpreta a regra concreta por ele próprio criada; aplica-a ao caso ocorrido no passado; e, ainda, promove a sua execução.

Assim, agrupando sob seu poder as demais funções estatais e exercendo-as sob seu comando pessoal, poderá o magistrado, quiçá sem se aperceber, estar exercendo função arbitrária, significativamente mais exacerbada e autoritária que a praticada pelos monarcas de longínquo passado histórico, porquanto estes, embora promulgassem as leis, não as interpretavam, não as aplicavam pessoalmente e nem as executavam, eis que tais funções eram delegadas a outras autoridades da monarquia, cabendo apenas recurso de natureza extraordinária e excepcional ao monarca, se falhas houvesse na atividade dos delegados.

De outro modo, alegam os doutores defensores da doutrina ora analisada, que o legislador tem se omitido a respeito do disciplinamento e caracterização de uniões extralegais, como as que resul-

tam das fundadas na *afetividade*, formadas entre duas pessoas de sexo oposto ou até de mesmo sexo, porque atua o editor da lei com temor de enfrentar *preconceitos*.

No entanto, essa doutrina labora de forma equivocada no que diz com a exata aferição daquilo que pode ser efetivamente considerado *preconceito*. Na verdade, toda a atitude preconceituosa, deve resultar de um consenso uniforme da maioria da sociedade como um todo, ou seja, só persiste e adquire essa categorização aquela situação de vida que a maioria da população concebe como tal e a repudia. Esse é o método capaz e adequado para aferir-se se determinado comportamento humano pode ser classificado como preconceituoso ou não. Desse modo, não é válida, nem merece a consideração essa situação dita preconceituosa da sociedade, proclamada por uma minoria, quiçá ínfima, insignificante numericamente do tecido social, pois não assiste a essa corrente a faculdade de ignorar que a sociedade, em sua imensa maioria, repudia as uniões extralegais e a ordem jurídica as proscreeve. Assim, também a opção legislativa do legislador situa-se nesse patamar, porque só deve ser positivada na lei determinada situação fática que a população, em sua maioria, entenda ser útil, agradável, benéfica e moralmente aceitável ao seu convívio, não podendo a lei, que é abstrata e geral, agradar uma minoria e desagradar a maioria, eis que tal concepção resulta de princípio fundamental do Estado democrático de direito, no qual todas as situações, inclusive a edição da lei, são

decididas por maioria e esta última por consenso da maioria da população.

Destarte, o pretense *preconceito* invocado pela corrente de juristas ora analisada, não é válido, nem considerável, pelas razões expostas, devendo-se notar, também, que nesse particular cuida-se de direito de família, em que há severa indisponibilidade, não comportando interpretação extensiva, nem alegada uma analogia radicalmente contrária a regras e princípios legais de ordem pública, que são indisponíveis e inaplicáveis para o atendimento do interesse individualista do particular, como ocorre com as hipóteses aqui tratadas.

Por fim, alegam os defensores da teoria que contempla as uniões pessoais com base na *afetividade* que, não considerados tais casos pela ordem jurídica, poderá ocorrer a situação ilícita do *enriquecimento sem causa*. Também aqui configura-se outra afirmação desconforme com a estrutura do direito de família que está dividido em três setores: *direito pessoal de família*, *direito patrimonial* e *direito protetivo*. Por essa razão, não deveriam mais ser confundidas situações fáticas tuteladas pelo setor do *direito pessoal de família*, como seria o caso das uniões pessoais fundadas na *afetividade*, com o *enriquecimento sem causa*, que diz com a relação patrimonial, decorrente de eventual amealhamento de bens pelos componentes dessas uniões, no ato de desfazimento das mesmas. Esse argumento não pode ser invocado para justificar e atribuir juridicidade às uniões de fato embasadas na *afetividade*, que deveriam, segundo a versão aqui analisada, ser tuteladas pelo *direito pessoal de família* e, mediante o

mesmo argumento, ser invocadas para justificar a preocupação com o *enriquecimento sem causa*, pertinente à *questão patrimonial*, sinalizada pela *afeccio societatis*, situação esta que vem desde muito tutelada pela ordem jurídica.

É preciso notar que a divisão setorial do direito de família em *direito pessoal* (artigos 1.511 a 1.638) e em *direito patrimonial* (artigos 1.639 a 1.722), foi realizada com sabedoria e clarividência pelo saudoso professor Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, jurista consagrado por seus conhecimentos universais da ordem jurídica, falecido faz 13 anos, cuja vaga de professor titular temos a honra de ocupar, administrativamente, mediante concurso público.

Na verdade, todas as especulações dessa doutrina, acerca das uniões de fato fundadas na *afetividade*, esbarram no texto legal. Embora não esteja expresso no *caput* e nos §§ 1º e 2º, do artigo 226 da Constituição, que o casamento se constitui pela conjunção de pessoas de sexo oposto, deixou o legislador de fazê-lo, por entender que seria dizer o óbvio, já que desde os mais remotos tempos da humanidade não se preocuparam em questionar juristas, sociólogos e antropólogos, que tais uniões se travam entre um homem e uma mulher, fundadas não só em uma fusão física, biológica, espiritual, afetiva, solidária e nos demais deveres recíprocos instituídos na lei, mas também porque assim atendem fundamentalmente as próprias leis da natureza, que objetivam a continuação e perpetuação da espécie. Estranhamente, só agora núncios proclamadores de mudanças que notoriamente ainda não gozam do

consenso geral e majoritário da sociedade, desejam invocar idéias e pretensões pessoais, individuais e egoísticas, de certas pessoas pertencentes a uma inexpressiva gama social, que só se preocupam em haurir benefícios próprios, ignorando completamente os direitos do outro.

É preciso lembrar que, não obstante haver o legislador se esquivado de dizer o óbvio nas disposições constitucionais supra referidas, revela expressamente no § 3º do mesmo artigo 226, que a união estável se dá entre homem e mulher. E, ao depois, no § 5º, do mesmo artigo 226, da Lei Maior, está a *pedra de toque* que ratifica a exigência da diversidade de sexos para a formação da sociedade conjugal, ao dispor que *os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher*, de modo a definitivamente espancar qualquer tipo de interpretação contrária ao claríssimo texto constitucional. Por fim, há de ser lembrado que, em tema de estrutura da lei, o *parágrafo*, o *inciso* e a *alínea* são explicitativos do *caput*, e, conseqüentemente, com este devem conformar-se, não podendo dispor em sentido contrário.

No mesmo sentido, o Código Civil de 2002, já por questão de hierarquia, prescreve em cerca de 50 (cinquenta) dispositivos a diversidade de sexos para o *casamento* e a *união estável*. E, nos dispositivos legais seguintes, de *modo expresso*, prescreve o Código que essas duas uniões *são formadas por um*

homem e uma mulher: artigos 1.535, parte final; 1.565; 1.567; 1.598; 1.599; 1.600; 1.601; 1.602; 1.608; 1.615; 1.617; 1.622; 1.633; 1.636; inciso I; 1.642; 1.664; 1.689; 1.723; 1.730; 1.774 e seu parágrafo único; e 1.790. Preceituam de modo implícito a diversidade de sexos, no casamento e na união estável, as seguintes disposições civis: artigos 1.523, inciso I; 1.541, inciso III; 1.551; 1.584, parágrafo único; 1.588; 1.589; 1.596; 1.597, incisos I ao V; 1.609; 1.637 e seu parágrafo único; 1.638; 1.736, inciso I; 1.746; 1.775, § 1º.

Assim sendo, diante do que se contém nas disposições constitucionais e civis acima transcritas, resulta inteiramente sepultada, por seu equívoco e descrédito, a afirmação dos adeptos da doutrina neste passo analisada de que nem a Constituição, nem a lei civil exigem a diversidade de sexos para a celebração da união matrimonial e para a da união estável.

Em realidade, tal entendimento, proclamado por poucos sobre o tema, está a refletir uma posição doutrinária subjetivista e individualizada, na tentativa de refugiar-se do real, verdadeiro e expresso conteúdo dos textos legais referidos, não sendo por demais registrar-se que essa posição doutrinária não contribui para alcançar-se a *qualitas* na área jurídica, tão reclamada por muitos juristas de escol, dentre os quais figura com destaque o professor João Baptista Villela, da Universidade Federal de Minas Gerais.³⁷

37 Sobre esse tema, consultar, por todos a entrevista do professor JOÃO BAPTISTA VILLELA, sob o título *Qualitas: um compromisso com a excelência*, publicada na *Revista Del Rey*, ano 8, nº 16, Primeiro Semestre/2006, p. 90-91.

Todos os aspectos aqui tratados no que respeita a admissão de entidade familiar fundada na *afetividade*, acolhida pela corrente doutrinária e jurisprudencial referidas, encontram-se, com riqueza de detalhes, na bem elaborada obra de autoria da desembargadora Maria Berenice Dias, intitulada *Manual de Direito das Famílias*.³⁸

Como já se afirmou acima, o *poder familiar* tem sua base de apoio nas uniões tuteladas pela lei, representadas pelo casamento e a união estável e como titulares legítimos para o exercício do mesmo os cônjuges componentes da união matrimonial, os companheiros que integram a relação de união estável, em relação à pessoa dos seus filhos e, ainda, por um dos pais que abrigar sob seus cuidados e poder os seus descendentes, em razão do vínculo de parentesco consanguíneo ou civil que os unem.

Todavia, diferentemente é o que ocorre em relação às uniões extralegais de companheirismo, fundadas na *afetividade*, invocadas pela doutrina ora questionada e bem assim as que resultam de união concubinária. Em ambas, o *poder familiar* carece de base de apoio, porque, embora com existência fática, não recebem a contemplação da lei, como instituições jurídicas. Na verdade, em tais casos, a titularidade para o exercício do *poder familiar* relativamente à pessoa dos filhos havidos por relação de consanguinidade, é do pai ou da mãe, ou de ambos, con-

forme seja o reconhecimento de paternidade ou de maternidade realizado por um ou por ambos os genitores. Em hipótese alguma poderia o filho restar excluído do *poder familiar* ou ser submetido ao regime de *tutela*, pelo simples fato da criança ou adolescente ter origem em união extralegal, porque o fundamento primeiro e inafastável do exercício do *poder familiar* é o da filiação consanguínea, e assim, abstraída a extralegalidade da união dos pais, o nascimento do filho com vida, constitui fato ou *suporte fático*, na versão de Pontes de Miranda, que recebe a incidência da ordem jurídica, legitimando o exercício do *poder familiar*, pessoalmente, pelos genitores.

Com efeito, como já se referiu acima, essas uniões extralegais, sejam elas formadas por *mera afetividade* ou em forma de concubinato, vêm recebendo o beneplácito da jurisprudência, quanto à relação de ordem patrimonial, se entre os conviventes se verificar a formação conjunta, e tal ocorre pura e simplesmente para evitar o *enriquecimento sem causa* de um parceiro em detrimento do direito do outro.

Deve ser salientado que nesta hipótese não se está diante de relação pessoal, sob a tutela do direito pessoal de família, mas perante uma relação apenas de ordem patrimonial, regulada pelo direito obrigacional e, quicá, pelo direito sucessório, cujos efeitos se projetam inteiramente diversos na

38 MARIA BERENICE DIAS – *Manual de Direito das Famílias*, passim, 3. ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.

escala de valores pertinente à relação matrimonial e às entidades familiares acolhidas pela lei.

Por derradeiro, é dever afirmar-se que o fato de não se reconhecer juridicidade e de se negar a categoria de entidades familiares às uniões fundadas em *mera afetividade*, isso não quer significar que se não considere e não se empreste o devido respeito pela contingência da existência fática dessas uniões, de vez que se trata de fato humano que efetivamente ocorre no contexto social, embora sob a reprovação da imensa maioria da sociedade e a não contemplação da ordem jurídica, *quanto aos efeitos pessoais dessa relação*. Todavia, é preciso também afirmar que entre se proclamar o devido respeito a essas uniões, e reconhecê-las juridicamente, vai muita distância.

7. DO CONTEÚDO DO PODER FAMILIAR

Efetivamente, o *poder familiar* envolve um complexo de deveres que a lei atribui aos pais, com o objetivo de proteger em todos os sentidos a pessoa dos filhos, desde o nascimento com vida, até que estes alcancem a maioridade civil aos 18 anos de idade, ou que ocorra a antecipação da mesma, mediante o instituto da emancipação, pelas causas e modos estipulados na lei civil.

E estes encargos devem ser cumpridos pelos genitores na seqüência temporal em que os filhos avançam em idade e em compleição física, e passam a ter necessidades dessa ordem e bem

assim as de ordem comportamental, à medida em que ocorre o seu desenvolvimento vital, a começar, antes de tudo, pelo registro de nascimento, que confere ao filho personalidade civil e existência jurídica no complexo social e do Estado.

Assim sendo, constituem-se deveres dos pais assistir os filhos no que pertine às suas aspirações e necessidades coetâneas ao seu estágio de vida, no que diz com a educação, cultura e formação da personalidade, com os de guarda, de representação e assistência fática e jurídica, quanto aos direitos patrimoniais e outros comuns às crianças e adolescentes em estágio de desenvolvimento, até chegar à idade adulta.

7.1 Do poder familiar quanto à pessoa dos filhos

Na expressão de Savatier, o *poder familiar* reúne em seu contexto um conjunto de deveres que a lei atribui ao pai e à mãe sobre a pessoa dos filhos, no direito moderno. Esses deveres dizem imediatamente com a pessoa e a personalidade do menor, na sua transição de entê humano com compleição biológica, física e orgânica, débeis ou incompletas, com formação moral e psíquica ainda em desenvolvimento e com aspirações, ilusões e comportamentos, que são antes fruto da inconstância do que propriamente a revelação de rebeldia.

O menor, por essas deficiências psíquicas e somáticas peculiares à sua idade, é um ser carente e hipossuficiente

no confronto com o mundo adulto, necessitando, por tais circunstâncias, que a medicina, a sociologia e o direito lhe ofereçam proteção, em razão de não possuir aptidões pessoais para supri-las ou assegurá-las pelo seu próprio agir, senão pela colaboração desprendida e altruística de outrem.

Diante dessa realidade comum e inafastável na vida humana, cria, a ordem jurídica, instrumentos ou modos de suprimento das hipossuficiências vividas pelo menor em seu transitório estágio de vida, pois necessita da assistência e proteção de ordem psico-social e material dos titulares do *poder familiar*. E se não satisfeitas no momento azado, tais deficiências poderão influir fatalmente no porvir da criança ou do adolescente, resultando em deformidades raras vezes superáveis em sua vida adulta.

Por isso, é dever da pessoa *sui iuris* a quem a ordem jurídica atribuir o *poder familiar*, velar não só pelos direitos fundamentais da criança e do adolescente, mas também implementar-lhe todas as necessidades surgidas em cada estágio de sua evolução biológica, através dos mecanismos da criação, guarda, alimentação, educação, representação e assistência em geral.

7.2 Do dever de criação e educação

Como se viu supra, está na própria expressão legal a titularidade do pai e da mãe para exercerem o poder-dever em relação à pessoa dos filhos menores. O dever de criação revela-se, primor-

dialmente, um fato humano e histórico, que milenarmente antecede a tutela só atribuível ao menor que não estiver sob o *poder familiar*. Para os adeptos e crentes da Igreja Católica, sua fonte original é de direito divino, estando inscrita na passagem do Gênesis, segundo a qual, Deus, após criar o homem e a mulher no paraíso terrestre, teria a ambos determinado: Crescei e multiplicai-vos e enchei a terra. Mas também, não se deve deixar de considerar que o ato de criação do infante está estreitamente ligado ao fato da conservação da espécie e da perenização da *gens* familiar que integram os escopos da Humanidade.

De tal modo, revela-se o ato da criação do descendente, pelos pais, um acontecimento de profundo conteúdo humano, de expressão de amor e de interação social. O dever de criação, por se constituir numa consequência natural da paternidade e da maternidade, recebe especial tutela da ordem jurídica, que o prefigura em primeiro lugar no elenco de deveres dos genitores. Nestes incluem-se todos os meios materiais necessários ao desenvolvimento do menor, tais os deveres de alimentação, de moradia, de preservação da saúde, de vestuário, de acautelamento de acidentes, de ensinar um convívio harmônico e respeitoso, etc., de modo a propiciar aos filhos um crescimento saudável, visando a chegar a uma vida adulta habilitada a dirigir sua pessoa e administrar seus bens com proficiência e segurança.

Pelo dever de educação, que está interado ao dever de criação, cumpre

aos pais iniciar os filhos para a escolha de um modelo espiritual ou de opção religiosa, que venha a implementar os anseios de espiritualidade que estão integrados em todo o ser humano, no sentido do bem, do justo, do virtuoso, do útil e do social.

O dever de educação é antes um dever moral e um dever social, que a ordem jurídica acolheu e sancionou, por reconhecer que os valores que dele promanam concorrem decisivamente para a integração do indivíduo na sociedade e no Estado. Não admite a lei o descuido dos genitores com a instrução formal dos filhos, pois o não cumprimento desse dever pode acarretar aos pais sanções civis, como a perda do *poder familiar* (Cód. Civil, art. 1.638) e sanções penais, se tipificado resultar o crime de abandono material e intelectual do menor (C. Penal, arts. 244 e 246).

Integra-se, de igual sorte, ao módulo educativo do dever paternal o de castigar moderadamente o filho, no sentido de indicar-lhe os malefícios da ação incorreta e as mercês da correta conduta, embora a lei pátria não a preveja expressamente. A doutrina o tem admitido, no que é secundada pela jurisprudência, devendo tal procedimento dos pais ser deveras cauteloso, para não caírem nas sanções civis ou

na situação delituosa decorrente de maus tratos (C. Penal, art. 136).³⁹

Autores há que entendem estar implicitamente admitido na lei civil, a senso contrário do preceito contido, no atual artigo 1.638, o direito dos pais castigar moderadamente os filhos, como complementação do dever de educar.⁴⁰

Integra, por igual, o dever de educação atribuído aos pais, o de exigir obediência e respeito, porque estes constituem fatores de harmonia na convivência social, tanto no contexto familiar, quanto no complexo social externo (C. Civil, art. 1.634, VII).

Ainda, na condução educacional dos filhos, é permitido aos titulares do *poder familiar* exigir daqueles a prestação de serviços que sejam adequados e compatíveis à sua idade e estágio de desenvolvimento físico em que se encontrem (C. Civil, art. 1.634, I). No entanto, há que se observar que a lei trabalhista, no intuito de proteger o menor, veda-lhe o trabalho fora do lar até os 12 anos e o trabalho noturno até os 18 anos (C.L.T. arts. 403 e 404).

7.3 Do dever de guarda

O dever de guarda é um dos atributos mais importantes para o exercício do *poder familiar*, pois é ao lado dos genitores, privando da atmosfera familiar,

39 A respeito do castigo moderado que os pais podem infligir aos filhos, V. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO – *Curso de Direito Civil* – Direito de Família, p. 359, 37. ed., Saraiva, S. Paulo, 2004.

40 A opinião é de PONTES DE MIRANDA, acerca do artigo 395 da codificação civil anterior, hoje artigo 1.638, do Código Civil vigente. V. *Tratado de Direito Privado*, tomo IX § 979, p. 120.

que os filhos estão mais eficientemente protegidos dos males físicos ou morais que venham afetar-lhes a vida biológica ou a consciência moral. Com tal proximidade, podem os pais exercer mais efetivamente o dever de vigilância sobre a conduta dos filhos no ambiente familiar e no convívio social externo, pois têm melhores condições de aferir o comportamento do menor em tais circunstâncias.

O internamento do menor, em regime de pensionato em estabelecimento de ensino, é considerado extensão do poder de guarda, que pode ser delegado, nesse caso, com as cautelas legais. Nas hipóteses de separação ou divórcio dos genitores, o filho ficará na guarda de um deles, consoante o que se dispuser no processo judicial, de vez que o exercício do *poder familiar* é comum a ambos os consortes (C. Civil, art. 1.632).

Ainda como decorrência do dever de guarda, a lei atribui aos pais o poder de reclamar a posse do menor de quem ilegalmente o detenha (C. Civil, art. 1.634, VI). Esta disposição da nossa lei civil encontra parâmetro no artigo 1.632 do BGB alemão, que preceitua, na tradução espanhola: *El cuidado de la persona del hijo comprende el derecho de exigir la devolución del mismo de cualquiera que antijurídicamente se le detenga al padre.*⁴¹

Discute-se, já há algum tempo, a respeito da ação judicial adequada à solução desse problema, mas a prática

dos tribunais restou por definir ser a busca e apreensão o procedimento hábil para tal.⁴²

7.4 Do dever de representação e de assistência

O atributo de capacidade das pessoas para a exercitação pessoal de atos jurídicos decorre do implemento de idade, de condições de saúde, ou de outros fatores específicos, tais a colação de grau em curso superior, o exercício do comércio com economia própria, o casamento civil, ou o instituto genérico da emancipação, segundo as disposições da teoria geral do direito civil (C. Civil, art. 5º e parágrafo único).

Para os menores sujeitos ao *poder familiar*, todavia, o único fator determinante da incapacidade é o implemento de idade, levando-se em conta a incapacidade absoluta (C. Civil, art. 3º) e a incapacidade relativa (C. Civil, art. 4º). Deste modo, os menores de 16 anos, por serem portadores de incapacidade absoluta, ficam alheios à realização dos atos jurídicos de que sejam titulares, sendo *representados* pelo pai ou pela mãe, enquanto que os menores com idades entre 16 a 18 anos cumpridos, já possuem alguma parcela de capacidade e por isso participam do ato jurídico, mas em razão de sua capacidade não ser ainda plena, são *assistidos* por qualquer dos genitores (C. Civil, arts. 1.634 e 1.690). Em ambos os casos, a represen-

41 ENNECERUS, KIPP y WOLFF, ob. cit., p. 337.

42 SILVIO RODRIGUES – *Direito Civil* – Direito de Família, vol. 6, nº 178, p. 405, 27. ed., Saraiva, S. Paulo, 2002.

tação ou a assistência, são realizadas pelos titulares do *poder familiar*.

7.5 Dos direitos patrimoniais dos filhos

Na esfera patrimonial do instituto do *poder familiar*, há também uma plêiade de direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, regulados pela ordem jurídica em cada caso específico. Nesse contexto, a primeira atribuição que a lei confere aos titulares ativos do poder paternal é a administração dos bens dos filhos, sobre os quais gozam os primeiros de *usufruto legal*, que a lei considera inerente ao exercício da própria proteção paternal (C. Civil, art. 1.689, I e II).

Há que se entender que a administração dos bens é deferida pela ordem jurídica aos pais, em razão da situação natural em que se encontram, resultante de uma relação duradoura que os une a seus filhos, e que lhes infunde confiança e segurança no desempenho do encargo. Ressalte-se, com efeito, que os poderes conferidos aos pais são de mera administração, na generalidade dos casos, tais os de zelar pela conservação dos bens, evitar-lhes o desgaste e o perecimento por fato de outrem, pagar-lhes impostos e taxas e outros cometimentos de pura e simples gestão. Em face disso, não é permitido aos administradores assumirem obrigações que no futuro possam comprometer o patrimônio do menor e muito menos exercitar atos de disposição, bem como

gravar de ônus reais os imóveis dos filhos. Não podem os pais, por igual, contrair, em nome do menor, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo nos casos indicados na lei e mediante autorização judicial (C. Civil, art. 1.691).

Toda vez que os sujeitos ativos do *poder familiar* tiverem necessidade de praticar qualquer ato que ultrapasse os limites da pura e simples administração e que esse se justifique, por resultar em benefício da prole, impõe a lei a consulta prévia ao Poder Judiciário (C. Civil, art. 1.691, parte final), mas por medida de cautela, tal procedimento deverá ser observado, sempre que o ato a ser praticado pelos pais situe-se nas fronteiras entre o ato de administração e o de disposição. Há legislações alienígenas que mais minudentemente des-trinçam as hipóteses permitidas ou vedadas, como é o caso do sistema italiano, cujo artigo 320 do Código Civil expedido com o Régio Decreto nº 262, de 16 de março de 1942, milita nesse sentido.⁴³

Pode ocorrer que, em determinadas situações, encontrem-se os pais, na administração dos bens dos filhos, em posição tal que faça colidirem os interesses destes com os daqueles. Em tais hipóteses, instala-se um conflito entre os titulares naturais da administração dos bens dos filhos e a pessoa destes. Para a solução desse impasse, há que serem chamados a intervir no ato ou no processo os órgãos tutelares da ordem pública estatal, ordinariamente o Minis-

43 EDUARDO ESPÍNOLA – *A Família no Direito Civil Brasileiro*, nº 246, p. 457-458 e nota nº 20, Edição Gazeta Judiciária, Rio, 1954.

tério Público, bem como a intervenção, por nomeação judicial, de curador especial para velar pelos interesses do menor (C. Civil, art. 1.692, CPC, art. 9º, I).

No particular, o ordenamento civil pátrio seguiu os parâmetros do Código francês que, atualmente, com a reforma constante da Lei nº 75-617, de 11.07.75, passou a disciplinar o assunto no artigo 389-6º; e também do Código italiano (art. 320), fonte direta da norma da mesma espécie inscrita na nossa codificação.⁴⁴

Excluem-se da administração paternal os bens adquiridos pelo filho legítimo, antes do reconhecimento; os adquiridos pelo filho em serviço militar, de magistério, ou em qualquer outra função pública; os deixados ou doados ao filho, sob condição de não serem administrados pelos pais; e os bens que ao filho couberem na herança, (art. 1.816, parágrafo único), quando os pais forem excluídos da sucessão. Nessas hipóteses, a lei exclui os bens do menor da administração e do usufruto paterno mais por razões morais do que propriamente por motivos de ordem patrimonial (C. Civil, art. 1.693).

7.6 Do usufruto legal dos bens dos filhos

O usufruto é direito real sobre coisa alheia (*ius in re aliena*), que era definido pela codificação civil de 1916

(art. 713), segundo a qual *constitui usufruto o direito real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa, enquanto temporariamente destaca-da da propriedade. Mas, para Lafayette, é o direito real de retirar da coisa alheia, durante um certo período de tempo, mais ou menos longo, as utilidades e proveitos que ela encera, sem alterar-lhe a subsistência ou mudar-lhe o destino.*⁴⁵

Perante o direito de família, há esse tipo especial de usufruto que incide sobre os bens patrimoniais do filho sob o poder paternal, em favor dos pais, cujos fundamentos são expressamente pela própria lei fornecidos, ao declará-lo instituição *inerente ao exercício do poder familiar* (C. Civil, art. 1.689, I). Ao pai e à mãe pertencem as utilidades, os frutos e rendimentos produzidos pelos bens dos filhos, situação que encontra sua fundamentação implícita na idéia de que as rendas originadas pelos bens do menor e recebidos pelos genitores compensam-se com as despesas que estes têm com a criação, educação, guarda e representação daqueles, bem como com o elenco de providências e dispositivos armados para oferecer-lhes proteção. Se é verdade que aos pais incumbem, por dever legal, as despesas do filho, quando este não as possa atender, é também justo que os rendimentos produzidos por seus bens sejam utilizados pelos pais, para a cobertura dos ditos dispêndios.

44 EDUARDO ESPÍNOLA, ob. cit., nº 246, p. 457-458 e nota nº 21.

45 LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA – *Direito das Coisas*, vol. I, p. 303, Edição Freitas Bastos, Rio, 1943.

O usufruto dos bens dos filhos sob o *poder familiar* tem suas origens no direito imperial romano, onde, ao tempo de Justiniano, havia quatro espécies e pecúlios: *castrense*, *quase-castrense*, *adventício* e *profetício*. O instituto atual promana do *pecúlio adventício*, havendo se conservado no período do *utroque ius* e se disseminado nos costumes de vários povos. O Código Napoleão, admitiu inicialmente o instituto como atributo da *puissance paternelle*, sendo os bens dos filhos administrados sob as regras da *jussance legale*, que atualmente encontra-se definida no artigo 382 e seguintes do Código Civil francês, denominando-se o primeiro na atualidade *autorité parentale*. Daí, espalhou-se pelas legislações ligadas ao sistema *Civil law* ou europeu-continental, a que se filia o nosso sistema.⁴⁶

Esse tipo de usufruto, em virtude de estar vinculado ao direito de família, não está sujeito a algumas regras gerais que o disciplinam no âmbito do direito das coisas, entre as quais, a caução a ser oferecida pelo usufrutuário (Art. 1.400, *caput*), que aqui é dispensada, persistindo, todavia, a hipoteca legal sobre os bens dos ascendentes, para assegurar ao filho não só a devolução dos seus bens ao final da menoridade, como também o ressarcimento de eventuais prejuízos patrimoniais decorrentes de perda ou deterioração dos mesmos, por culpa ou dolo do titular do *poder familiar*.

Além disso, esse usufruto especial não depende de transcrição no registro de imóveis na versão de Pontes de Miranda.⁴⁷ Há que se salientar, ainda, que não estão sujeitas à *prestação de contas* as rendas produzidas pelos bens patrimoniais dos filhos e recebidas pelos titulares ativos do *poder familiar*, porque estes as recebem como próprias suas, por mandamento legal, salvo se forem de alto valor, consoante já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, em Acórdão de 17.09.85, no sentido de que *O detentor do pátrio poder está isento da obrigação de prestar contas ao filho que atingiu a maioridade, salvo se os rendimentos forem de alto valor excedendo os gastos presumíveis da criação e educação do menor* (RT 603/189). Neste sentido é também o julgado constante da *Revista dos Tribunais* vol. 231, página 295.

Excluem-se do usufruto legal, além dos bens que são também excluídos da administração paterna, referidos acima (item 7.5), mais os seguintes: a) os bens deixados ou doados com a exclusão do usufruto paterno (art. 1.689, I; b) os bens deixados aos filhos, para fim certo e determinado (art. 1.689, II).

7.7 Dos outros deveres dos pais como titulares do *poder familiar*

No que respeita à *autorização para casamento* de menor sob o *poder*

46 AUBRY et RAU – *Cours de Droit Civil Français*, Tome IX, p. 119-120, Paris, 1917; RENÉ SVATIER – *Cours de Droit Civil*, tome I, nº 228, pp. 126-127, Ed. R. Pichon et R. Durand – Auzias, Paris, 1947; EDUARDO ESPINOLA, ob. cit., nº 246, pp. 457-459 e nota nº 23.

47 PONTES DE MIRANDA – *Tratado de Direito Privado*, tomo IX, § 980, p. 125, Editor Borsoi, Rio, 1971.

familiar, compete aos titulares ativos desse poder/dever conceder ou negar anuência para o matrimônio do filho (Cód. Civil, art. 1.634, III). Assim, quando se tratar de filho menor de 18 anos, oriundo de matrimônio civil, exige a lei o consentimento do pai e da mãe (Cód. Civil, art. 1.517). Havendo divergência entre os consortes, e denegação injusta, ao juiz caberá supri-la (Cód. Civil, art. 1.517, parágrafo único, e art. 1.631, parágrafo único).

Se a lei assim dispõe, aludindo cautelas na autorização para casamento de menor sob o poder paternal, é porque tem em vista constituir o matrimônio um ato de importância transcendente na vida dos novéis consortes, cujos efeitos atinjam até a própria instituição do *poder familiar*, devido à aquisição automática da emancipação do menor, pelo matrimônio, como dispõe o artigo 5º, parágrafo único, II, resultando, destarte, a extinção do *poder familiar*.⁴⁸

Por fim, dispõe a lei civil que dentre os deveres e direitos conferidos aos pais no exercício do *poder familiar*, há a considerar o que diz com a *nomeação de tutor* para o menor, por testamento ou documento público autêntico, no caso dos pais, ou de um deles, não sobreviver à aquisição da maioridade pelo filho.

Essa escolha dos pais, sobre quem deverá exercer o *poder familiar* dos filhos, após a sua morte, é uma facul-

dade especial que a lei confere àqueles que têm a preocupação de bem orientar os destinos de seus filhos. Tal faculdade só é possível quando exercida por um dos genitores, diante da ausência por qualquer motivo do outro.⁴⁹

8. DA SUSPENSÃO DO *PODER FAMILIAR*

Já se viu que o *poder familiar* constitui um *munus* que o poder público tem o maior interesse em tutelar, por ser um fator de integração da família em prol de sua própria estrutura, da sociedade e do Estado. Por essa razão é que se justifica a vigilância e a interferência estatal, inclusive sobre fatos que se operam no foro interno da família, como ocorre com o exercício desse poder-dever pelos pais.

Efetivamente, verificando-se, por seu comportamento defeituoso, que os pais prejudicam os filhos, reage o ordenamento jurídico, aplicando àqueles *sancções* de menor ou de maior grau, que se consubstanciam, respectivamente, na *suspensão* ou na *destituição* do poder paternal. No primeiro caso, a pena é mais branda, pois é o exercício do encargo *suspenso* por tempo determinado, até que cessem as causas que lhe deram origem; no segundo, a penalização é mais exacerbada, ocorrendo a *destituição*, por prazo indeterminado e, muitas vezes, em caráter definitivo.

48 CLÓVIS BEVILAQUA – *Direito de Família*, ob. cit., vol. II, p. 366.

49 EDUARDO ESPÍNOLA – ob. cit., pp. 457-458, notas nºs 20 e 21.

A *suspensão* pode ocorrer por duas causas: má conduta do pai ou da mãe ou por fatos involuntários. A suspensão por decorrência de fatos involuntários opera-se: a) quando o titular do *poder familiar* é interditado judicialmente; ou b) no caso de ausência, declarada por sentença.⁵⁰ A suspensão pode abranger a totalidade da prole, mas é muito comum acontecer que a causa determinante atinja somente um dos filhos e não os demais, caso em que a suspensão será parcial.

As causas determinantes da suspensão do poder paternal encontram-se genericamente enunciadas na lei civil e dizem respeito ao abuso de poder do pai ou da mãe para com o filho; falta aos deveres paternos; ou a dilapidação dos bens dos filhos, bem como pela condenação de qualquer dos pais, por sentença irrecorrível, por crime cuja pena exceda a 2 anos de prisão (art. 1.635, V; art. 1.637 e parágrafo único; e art. 1.638 e incisos I ao IV).

As disposições do Código Civil, assimilam as contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) quanto aos deveres de sustento, guarda e educação dos filhos menores, que dizem com os deveres recíprocos de ambos os consortes para com a prole, acrescentando mais a *obrigação* de cumprir e fazer cumprir, no interesse dos menores, as determinações judiciais (Estatuto, art. 22) e observando que *a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo*

suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar (Estatuto, art. 23).

De tal modo, ressalvada a inovação quanto ao dever de cumprimento das determinações judiciais, que parece afirmar o óbvio, o Estatuto não cria outras causas de suspensão ou de destituição deste poder/dever. Inova apenas no que pertine às sanções e penalidades administrativas previstas no artigo 129 da lei especial, entre as quais figura a de *advertência*, imposta aos pais pelo descumprimento de seus deveres.

9. DA DESTITUIÇÃO E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

Já se viu acima (item 8), que a *suspensão* do *poder familiar* é a pena mais branda aplicável ao pai ou à mãe, enquanto a *destituição* é a pena mais grave, operando-se por sentença judicial. A destituição não era figura prevista na lei civil, mas era admitida pela jurisprudência (RF. 155/224 e RT. 138/203 e RT 169/650), mas agora acaba de ser contemplada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 129, X), para ser aplicada ao lado da suspensão, segundo seja a causa mais grave ou menos grave.

A *destituição* é uma medida imperativa que atinge a toda a prole e tende a ser permanente, embora possa ser o exercício do *poder familiar* restabelecido, se desaparecer a causa que a determinou e, transcorridos 5 anos a contar da imposição da sanção, o

50 ORLANDO GOMES – *Direito de Família*, nº 234, p. 376-377, Edição Forense, 1992.

genitor punido provar a sua regeneração. As *causas de destituição* do poder paternal pelo pai ou pela mãe estão alinhadas no artigo 1.638, incisos I ao IV. Mas, além das arroladas na lei civil, a legislação trabalhista prescreve a perda do *poder familiar* para o pai ou à mãe que permitir que o infante ou adolescente trabalhe em locais ou serviços perigosos, ou insalubres, ou prejudiciais à sua moralidade (C.L.T. art., 437 e § único).

Configura-se exaustivo esse elenco de causas determinantes da destituição dos pais desse poder-dever, não se podendo de outras cogitar. Além disso, é preciso que as ditas causas sejam contemporâneos ao pedido de destituição, consoante a jurisprudência, não podendo retroceder a fatos de passado distante, porque o seu estrépito e efeitos maléficos podem já ter sido absorvidos ou superados socialmente.⁵¹ Por outro lado, as causas de destituição arroladas acima poderão ensejar a pena de suspensão, ao invés da destituição, tudo dependendo da maior ou menor

gravidade, que restará à prudente discrição do juiz.

Esses casos de destituição, por seus efeitos, podem ainda redundar em hipóteses de *extinção* do *poder familiar*. É que a carga de eficácia negativa que eles produzem na esfera dos direitos do menor atingido torna-se irretorquível, equiparando-se, desse modo, às causas extintivas, emergentes de fatos e atos contradizentes à ordem jurídica, por ela vedados.

De qualquer maneira, as *causas extintivas* normais da relação de poder paternal encontram-se também delineadas exaustivamente na lei civil, tais como a morte dos pais ou dos filhos, a emancipação, o implemento da idade e o instituto da adoção, segundo dispõe o artigo 1.635, do Código Civil. A primeira e a terceira são causas involuntárias, pois independem da vontade das pessoas intervenientes ativa e passivamente na relação de *poder familiar*; a segunda e a quarta, no entanto, constituem-se em atos voluntários, dependentes da vontade dos pais.

51 V. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, ob. cit., p. 286; MARIA HELENA DINIZ, *Direito de família*, vol. 5, p. 452, Edição Saraiva, São Paulo, 2002.

A prescrição do crédito da Fazenda Pública e a execução fiscal

Eurípedes Gomes Paim Filho*

1. PRESCRIÇÃO TRIBUTÁRIA

A prescrição no Direito Civil é a perda da *pretensão*,¹ ou seja, da possibilidade de exigir um direito em juízo em decorrência da inatividade do titular na defesa do seu direito por certo lapso de tempo, de acordo com a máxima latina *dormientibus non succurrit jus*.

Isso não significa a perda do direito de ação, que não se perde nunca, pois mesmo quando o crédito estiver prescrito e for intentada uma execução o

direito de ação terá sido exercido pela propositura da execução, embora essa esteja fadada à extinção.²

Já no caso do Direito Tributário, com a prescrição ocorre a extinção do crédito tributário e não meramente da pretensão, conforme o art. 156, V, do Código Tributário Nacional.

Essa diferença entre o Direito Tributário e o Direito Civil tem importância, pois o pagamento de uma dívida civil prescrita é válido, já o pagamento de uma dívida tributária prescrita não o é,

* Juiz de Direito titular da Vara da Fazenda Pública de São Vicente, SP. Mestre em Direito pela USP. Professor de Direito. Sócio do IBDT-USP.

1 Código Civil de 2002: “Artigo 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.” (grifo nosso)

2 Contra entendendo ser perda do direito de ação: CASSONE, Vittorio; CASSONE, Maria Eugenia Teixeira. *Processo tributário*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 42. ICHIHARA, Yoshiaki. *Direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 165. HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 464. Esse último autor menciona a idéia da perda da pretensão, no entanto opta por afirmar que há perda do direito de ação.

cabendo nesse último caso repetição de indébito,³ sendo a prescrição tributária irrenunciável por ser matéria de ordem pública.⁴

A esse respeito convém lembrar as seguintes regras do Código Tributário Nacional:

Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias. (Grifo nosso).

Portanto, a lei tributária pode estabelecer efeitos tributários diversos dos institutos jurídicos de outras áreas, salvo se relacionados à distribuição ou limita-

ção de competências tributárias. Assim, a prescrição, que na verdade é um princípio geral do Direito, não só do Direito Privado, pode receber um tratamento tributário próprio, o que ocorreu como mencionado neste texto.⁵

A prescrição tributária diverge da decadência tributária por ser essa a perda do direito de *constituir* o crédito tributário pelo lançamento, sendo que a prescrição só se inicia após findo o lançamento como passamos a ver.

2. INÍCIO DO PRAZO DE PRESCRIÇÃO

Constituído o crédito tributário, o que, na linguagem do Código Tributário Nacional, significa tornar o crédito exequível pela determinação de sua liquidação e certeza, começa a correr o prazo de prescrição.⁶

A *constituição* do crédito tributário ocorre com o lançamento, naqueles casos em que o ato da autoridade é imprescindível, ou seja, no denominado *lançamento de ofício*, o que é comum de ocorrer, por exemplo, no IPTU.

3 Contra, entendendo não caber repetição de indébito: ICHIHARA, op. cit., p. 170.

4 Contra, entendendo ser renunciável: HARADA, op. cit., p. 464.

5 Da mesma forma a lei penal dá à prescrição um tratamento diverso do dado pela lei civil dizendo que a prescrição extingue a punibilidade, ou seja, o direito material de punir do Estado, não apenas a pretensão ou o direito de ação: “*Código Penal* [...] Art. 107 - *Extingue-se a punibilidade*: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) IV - *pela prescrição, decadência ou preempção*; [...]” (grifo nosso)

6 Contra, entendendo que é a partir da notificação: CAIS, Cleide Previtali. *O processo tributário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 689. Contudo, mantemos a posição do texto, pois de acordo com a redação do art. 174 do Código Tributário Nacional.

Há casos em que o lançamento se dá por um auto de infração, caso em que daí começa a correr o prazo prescricional.

Há situações nas quais o contribuinte deve recolher o tributo independente de atividade administrativa, o que o Código chama de *lançamento por homologação* e alguns indevidamente chamam de *auto-lançamento*, pois, a rigor, nesses casos não há verdadeiro lançamento, pois o fisco já tem o crédito liquidado e certo.

Também há casos de declaração de dívida feita pelo contribuinte, dependendo de uma averiguação pelo fisco.

Nos dois últimos casos, se houver uma diferença em favor do fisco, o prazo será de decadência, pois, quanto a essa diferença, não houve lançamento e essa diferença deverá ser lançada de ofício, não tendo começado nessa situação o prazo de prescrição com relação à diferença ou mesmo quanto ao débito declarado e não pago, pois ainda pendente de averiguação feita pelo lançamento.

O lançamento só é mesmo definitivo quando insuscetível de recurso ou de revisão de ofício, de acordo com as leis de cada entidade tributante. A data da inscrição do crédito na dívida

ativa não marca esse momento, pois o crédito tem que estar constituído antes da sua inscrição.⁷

3. PRAZO, SUSPENSÃO E INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO

Dispõe o Código Tributário Nacional, no seu artigo 174 que “a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.” Esse prazo não se prorroga até o dia útil seguinte caso o último dia venha a cair em dia não útil, pois não há previsão nesse sentido na lei.⁸

O Código Tributário Nacional não trata especificamente da suspensão da prescrição, contudo prevê a suspensão da exigibilidade do crédito tributário nos seguintes casos:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança;

7 Nesse sentido: COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 723. COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Manual de direito tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 477. Contra, entendendo que a possibilidade de alteração não significa falta de definitividade e que o prazo se inicia com a expedição da certidão da dívida ativa: ICHIHARA, *Direito...*, p. 168 e p. 170.

8 Contra, entendendo haver prorrogação para o primeiro dia útil seguinte: (Ibidem, p. 170).

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial: (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

VI – o parcelamento. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

Como se viu acima, diversamente do Direito Civil, no Direito Tributário a prescrição extingue não somente a pretensão, mas também o crédito, assim, não se pode dizer que a suspensão da exigibilidade, ou seja, da pretensão, seja causa de suspensão da prescrição tributária.⁹

Tanto é assim que o Código é taxativo ao prever a suspensão da prescrição apenas no art. 155, parágrafo único, ou seja, nas moratórias, e somente naquelas em que houver dolo ou simulação do beneficiado, ou de terceiro em benefício daquele, caso em que o tempo decorrido entre a concessão da moratória e sua revogação não se computa para efeito da prescrição do direito à cobrança do crédito.

O depósito do montante integral, que só faz sentido se tiver o objeto de evitar os efeitos da mora durante uma

discussão, pode ser feito na fase administrativa, quando o lançamento ainda não está terminado e, portanto, ainda não começou a correr a prescrição.

Especificamente no caso do inciso III do art. 151, o crédito ainda não foi definitivamente *constituído* pelo lançamento e, assim, a prescrição nem começou a correr.

As liminares e antecipações também podem ser concedidas ainda durante o processo administrativo do lançamento, razão pela qual não suspendem a prescrição que ainda não se iniciou.

Finalmente, o parcelamento, a hipótese mais recente de suspensão de exigibilidade, também não interrompe a prescrição, razão pela qual é mais sábio a Fazenda concedê-lo no curso do processo judicial, quando a prescrição tiver sido interrompida.

Convém lembrar que as causas de suspensão ou exclusão do crédito tributário não comportam interpretação analógica nos termos do art. 111 do Código Tributário Nacional, assim o intérprete não pode estender a aplicação de tais normas.¹⁰

9 Nesse sentido: MARTINS, Ives Gandra. *A prescrição no direito tributário brasileiro*. São Paulo: Resenha Tributária, 1977, p. 356. BALEEIRO, Aliomar. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário e prescrição. *Revista de Direito Tributário*, n. 9/10, [s.d.] pág. 9. HARADA, *Direito...*, p. 466. Contra, entendendo que são causas de suspensão da prescrição: CALCIOLARI, Ricardo Pires; CORDIOLI, Maximilian Hagl. A prescrição intercorrente em matéria tributária. *Direito Tributário Atual*, n. 18, [s.d.], p. 371-372. Esses últimos autores, brilhantes, principalmente por serem graduandos, argumentam com base na prescrição como sendo perda do direito de ação, inexecutável pela suspensão da exigibilidade do crédito tributário, contudo tal não nos parece correto, pois como dissemos no texto, no caso do Direito Tributário há a perda do próprio crédito e não da pretensão ou da ação.

10 Conforme BALEEIRO, op.cit., p. 9.

O prazo de prescrição pode ser interrompido, quando começa do zero novamente, e isso nas seguintes situações previstas no parágrafo único do art. 174, na sua redação original:

1. pela citação pessoal feita ao devedor;
2. pelo protesto judicial;
3. por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;
4. por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

Convém lembrar que, nos termos do art. 125, III, do Código Tributário Nacional, salvo disposição de lei em contrário, no caso de solidariedade a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, favorece ou prejudica aos demais.

A consulta não é motivo de interrupção ou suspensão do prazo prescricional.¹¹

Esse parágrafo único do art. 174 foi alterado, na sua primeira hipótese, pela Lei Complementar 118 de nove de fevereiro de 2005 que dispôs que tal interrupção ocorre “pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal”, tendo tal regra entrado em vigor no dia 09 de junho de 2005.

A regra da Lei Complementar 118 é de natureza processual ou material?

Se for de natureza processual, ela se aplica aos feitos em curso desde logo, caso contrário não.

A prescrição é questão de direito material, pois ela ocorre normalmente fora do processo, não existindo direito processual fora do processo.¹²

Assim, a Lei Complementar 118, tratando de norma material nesse caso, só se aplica aos fatos geradores posteriores a ela e não desde logo, como ocorreria com uma norma de natureza processual.

Entretanto, essa regra não é nova, pois já prevista no art. Art. 8º, § 2º, da Lei 6.830/80, cuja validade nesse ponto passamos a questionar.

4. A PRESCRIÇÃO TRIBUTÁRIA E A LEI 6.830/80

Na execução fiscal se cobra dívidas de natureza tributária e dívidas de natureza não tributária como, por exemplo, a multa de trânsito.¹³

Com relação à dívida de natureza não tributária as regras sobre prescrição da Lei 6.830/80 são plenamente válidas. A dúvida surge no que diz respeito às dívidas de natureza tributária.

A respeito da prescrição, dispõe a Constituição de 1988:

11 Conforme CASSONE; CASSONE, *Processo...*, p. 47.

12 Contra, entendendo que prescrição é questão de direito formal: ICHIHARA, *Direito...*, p. 170. Esse autor não fornece argumentos para embasar sua posição.

13 Nesse sentido: CAIS, *O processo...*, p. 692.

Art. 146. Cabe à lei complementar: [...]

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: [...]

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários; [...] (Grifo nosso).

Assim, prescrição tributária é matéria reservada à lei complementar e, por isso, a partir da Constituição de 1988, não pode ser tratada pela lei ordinária.

Dessa forma, a Lei 11.051/2004, que tratou da prescrição intercorrente, alterando a Lei 6.830, é inconstitucional por não ser lei complementar.¹⁴

Contudo, a Constituição anterior, não mencionava expressamente a prescrição tributária como sendo reserva de lei complementar, da forma como hoje ocorre:

Art. 18 § 1º Lei complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sobre os conflitos de competência nesta matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulará as limitações constitucionais do poder de tributar. (Grifo nosso).

O que seria matéria de *normas gerais de Direito Tributário* sempre foi muito controvertido, tendo a doutrina gasto rios de tinta e toneladas de papel

para tratar do assunto, mas sem sucesso, o que fez o Constituinte de 1988 ser mais específico quando tratou do tema.

Caso a prescrição seja entendida como sendo matéria de norma geral as disposições da Lei 6.830/80 a esse respeito seriam inconstitucionais desde o início, pois essa é uma lei ordinária.

Se for adotado o entendimento contrário, a Lei 6.830/80 não seria inconstitucional na sua origem e a parte dela que trata de prescrição teria se tornado lei complementar pelo fenômeno da recepção, tal como ocorreu com o Código Tributário Nacional, inicialmente lei ordinária, e convertido para lei complementar pela Constituição de 1967.

O Legislador tem um poder que foi constituído pelo Poder Constituinte e somente esse Poder Constituinte pode impor limites ao Legislador, não sendo lícito ao intérprete criar outros.

No caso, como o Poder Constituinte da Constituição anterior não disse o que era norma geral, cabia ao Legislador fazê-lo, assim o Legislador tinha liberdade para tratar da prescrição, não expressamente prevista pelo Poder Constituinte como reserva de lei complementar.

Além disso, a autonomia dos estados e municípios, consagrada pela Constituição anterior, também exige essa interpretação, tolhendo a União de poder não expressamente outorgado a ela pelo Po-

¹⁴ Lei 6.830/80, art. 40, § 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004).

der Constituinte de interferir no âmbito dos estados e municípios.

Em virtude dessa liberdade é que se pode afirmar que o legislador federal, estadual ou municipal poderia tratar de prescrição tributária na lei ordinária, antes de 1988, o que foi feito na Lei 6.830/80 pelo legislador federal.

Poderia ser discutido se as normas sobre prescrição da Lei 6.830/80 se aplicariam apenas aos tributos da União, contudo, embora algumas vezes tenham se levantado nesse sentido,¹⁵ deve-se aceitar a aplicação das regras federais às demais entidades da Federação, mesmo antes da Constituição de 1988 devido à natureza concentradora de nossa Federação, fruto de sua própria origem.¹⁶

Mas, com o advento da Constituição de 1988, as normas sobre prescrição previstas na Lei 6.830/80 passaram a ser

lei complementar, pelo fenômeno da recepção supra mencionado, aplicando-se a todas as entidades da Federação.¹⁷

Nessa linha de raciocínio é válida e lei complementar a regra prevista no art. 2º. da Lei 6.830/80 que diz:

Art. 2º - Constitui dívida ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos estados, dos municípios e do Distrito Federal. [...]

§ 3º - A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180

15 Contra a aplicação das normas do Código Tributário Nacional sobre prescrição e decadência aos Estados e Municípios vide ATALIBA, Geraldo. Normas gerais de direito financeiro e tributário e autonomia dos estados e municípios. *Revista de Direito Público*, n. 10, [s.d.], em especial p. 79. BORGES, Souto Maior. Normas gerais de direito tributário. *Revista de Direito Público*, n. 31, [s.d.], em especial p. 259; CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 207.

16 Nesse sentido ARZUA, Heron. *Contribuição ao estudo dos tributos parafiscais*. São Paulo: Resenha Tributária, IBET, 1974, p. 42; COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 133. TORRES, Heleno Taveira. Funções das Leis Complementares no Sistema Tributário Nacional – Hierarquia das Normas – Papel do Código Tributário Nacional no Ordenamento. *Revista de Direito Tributário*, n. 84, [s.d.], p. 54-55. CALCIOLARI; CORDIOLI, *A prescrição...*, p. 366-367. Embora com fundamento diverso do texto por entender que prescrição não é questão de direito material: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários à Lei de Execução Fiscal*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 194.

17 Nesse sentido: CALCIOLARI; CORDIOLI, *A prescrição...*, p. 368-369. Contra, entendendo que não houve recepção: CAIS, *O processo...*, p. 691.

dias, ou até a distribuição da execução fiscal, *se esta ocorrer antes de findo aquele prazo. [...]*¹⁸

Também é válida a regra do art. 8º. da mesma lei:

Art. 8º. [...] § 2º - O despacho do juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição.

Essa norma revogou o disposto no art. 174, parágrafo único, I, do Código Tributário Nacional tendo em vista a regra que diz: *lex posteriori derogat priori*.

Da mesma forma é o que ocorre com o *caput* do art. 40 da citada lei:

Art. 40 - O juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

Esse dispositivo deve ser harmonizado com o art. 174 do Código Tributário Nacional que no seu parágrafo único diz que a prescrição é interrompida *pela citação pessoal feita ao devedor*, ou seja, somente se o devedor não for localizado e nem seus bens, haverá a *suspensão* da prescrição que recomeça a correr de onde parou tão logo seja

encontrado o devedor ou bens passíveis de penhora.

Mesmo se a falta de andamento for imputável ao serviço judiciário ou ao fisco haverá a prescrição, pois tal fato não é previsto na lei como caso de suspensão ou interrupção da prescrição.¹⁹

Isso parece contrariar a Súmula 106 do STJ que diz:

Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.

Ocorre que, no que tange aos tributos, a simples propositura de ação não interrompe e nem suspende a prescrição.

Dessa forma, se a citação ou a penhora não ocorrer por desleixo do fisco a prescrição continuará correndo naqueles casos de fato geradores anteriores à Lei Complementar 118, como mencionado supra, ou seja, haveria prescrição intercorrente, a qual passamos a tratar em seguida.

5. A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

Denomina-se intercorrente a prescrição ocorrida no curso do feito e tal

18 Regra semelhante encontra-se no Decreto-lei 1.793/80 que, pelas razões expostas no texto, aplica-se a todas as entidades da Federação, diversamente do que ensina HARADA, *Direito financeiro...*, p. 467, nota 45.

19 Contra: CASSONE; CASSONE, *Processo...*, p. 47.

instituto é aceito pelo STF como válido em nosso Direito em alguns casos.²⁰

Não há falar-se em prescrição intercorrente durante o processo administrativo, pois ela ainda não começou a correr, podendo ocorrer a decadência.²¹

O STJ, por sua vez, proclama a existência da prescrição intercorrente tributária na execução fiscal na súmula 314:

Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente.

Essa súmula traz como referência legislativa o art. 174 do Código Tributário Nacional e o art. 40 da Lei 6.830/80, baseando-se em precedentes que se iniciaram em 1998.²²

Diz o art. 40:

Art. 40 - O juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição. (Grifo nosso).

Esse.²³ Com efeito, ele diz que a prescrição se suspende enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens, assim, a contrário senso, fora desses casos, ocorreria a prescrição intercorrente por simples negligência da Fazenda em casos em que houvessem bens ou fosse encontrado o devedor, pois aí não haveria suspensão da prescrição que, assim, continuaria a correr e seria intercorrente porque ocorreria durante a execução.²⁴

Não sendo encontrados bens ou o devedor o feito será encaminhado ao arquivo, mas aí não haverá prescrição,

20 Súmula 264: “Verifica-se a prescrição intercorrente pela paralisação da ação rescisória por mais de cinco anos.”

Súmula 327: “O direito trabalhista admite a prescrição intercorrente.”

21 Contra: COSTA, Alcides Jorge. Decadência, prescrição e prescrição intercorrente em matéria tributária. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, v. 5, n. 21, out./dez. 1997. A favor, mas com outros fundamentos: CALCIOLARI; CORDIOLI, *A prescrição...*, p. 374.

22 Primeira Seção, julgado em 12.12.2005, DJ 08.02.2006 p. 258. http://www.stj.gov.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=11. Site visitado no dia 28 de agosto de 2006.

23 Contra, entendendo que a prescrição intercorrente é prevista no parágrafo único do art. 174 do Código Tributário Nacional: CAIS, *O processo...*, p. 694. Mantemos a posição do texto porque nada há no parágrafo único do art. 174 do Código Tributário Nacional que faça menção à prescrição intercorrente.

24 No sentido de que a inércia do fisco na execução fiscal geraria a prescrição intercorrente: ICHIHARA, *Direito...*, p. 169. Contra, entendendo que a prescrição intercorrente continua a correr no arquivo, mesmo não encontrados bens ou o devedor: CAIS, *op. cit.*, p. 691. Contudo, mantemos a posição do texto, pois de acordo com a redação legal.

pois ela estará suspensa,²⁵ prosseguindo a execução a qualquer momento em que o fisco encontrar o devedor ou bens passíveis de penhora.²⁶

Conforme visto acima, ocorreria a denominada prescrição intercorrente no caso de não citação ou não penhora por falta reputável ao fisco,²⁷ não tendo amparo legal, *data venia*, o prazo de um ano previsto na súmula. A Lei 6.830/80, no seu art. 40, § 2º,²⁸ fala no prazo de um ano, mas não com relação a eventual recomeço da prescrição.

Convém lembrar que a súmula, no que carece de amparo legal, não é válida, pois a Constituição, como dissemos, exige lei complementar para tratar de prescrição, o mesmo fazendo o Código Tributário Nacional no seu art. 97 que exige respeito ao princípio da estrita legalidade tributária, sendo a súmula, nesse ponto, ilegal e inconstitucional.²⁹

Contudo, tal levaria cinco anos para acontecer, assim, seria muito melhor o juiz aplicar o disposto no art. 267, III, combinado com o parágrafo primeiro do mesmo artigo, todos do CPC, conforme autorizado pelo art. 1º. da Lei 6.830:

Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: [...]

III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias; [...]

§ 1º O juiz ordenará, nos casos dos ns.

II e III, o arquivamento dos autos, declarando a extinção do processo, se a parte, intimada pessoalmente, não suprir a falta em 48 (quarenta e oito) horas. [...]

Convém ressaltar que simples pedido de prosseguimento não dá andamento ao feito e a penalidade supra mencionada só não deve ser aplicada se realmente a Fazenda der andamento ao feito.

25 Contra, entendendo que há interrupção da prescrição: THEODORO JÚNIOR, *Lei de execução...*, p. 51; e FLAKS, Milton. *Comentários à Lei de Execução Fiscal*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 194. Mantemos o entendimento do texto, pois o art. 40 fala claramente em suspensão, não tendo amparo legal interpretação diversa.

26 Lei 6.830: art. 40 § 1º - Suspensão o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública. [...] § 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos. § 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

27 Contra entendendo que no caso de negligência do fisco caberia apenas a extinção do feito ou a perempção: CALCIOLARI; CORDIOLI, *A prescrição...*, p. 374-375.

28 § 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos.

29 Art. 97. *Somente a lei pode estabelecer: I - a instituição de tributos, ou a sua extinção; [...] VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.* (grifo nosso)

6. CONCLUSÕES

Do exposto podemos concluir o seguinte:

1. Com a prescrição tributária ocorre a extinção do crédito tributário e não meramente a extinção da ação ou da pretensão;

2. O pagamento de uma dívida prescrita tributária não é válido e pode ser repetido;

3. A prescrição tributária diverge da decadência tributária por ser essa a perda do direito de *constituir* o crédito tributário pelo lançamento;

4. *Constituído* o crédito tributário, o que, na linguagem do Código Tributário Nacional, significa tornar o crédito exequível pela determinação de sua liquidação e certeza, começa a correr o prazo de prescrição;

5. A *constituição* do crédito tributário ocorre com o lançamento, naqueles casos em que o ato da autoridade é imprescindível, ou seja, no denominado *lançamento de ofício*;

6. Nos casos em que o lançamento se dá por um auto de infração, começa daí a correr o prazo prescricional;

7. No caso de lançamento por homologação e no de declaração de dívida feita pelo contribuinte, dependendo de uma averiguação pelo fisco, se houver uma diferença em favor do fisco, o prazo será de decadência;

8. A prescrição do crédito tributário ocorre em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva, ou seja, do término do lançamento definitivo;

9. O lançamento só é mesmo definitivo quando insuscetível de recurso ou

de revisão de ofício, de acordo com as leis de cada entidade tributante;

10. O Código Tributário Nacional não trata especificamente da suspensão da prescrição;

11. Não se pode dizer que a suspensão da exigibilidade, ou seja, da pretensão, seja causa de suspensão da prescrição tributária;

12. O Código é taxativo ao prever a suspensão da prescrição apenas no art. 155, parágrafo único, ou seja, nas moratórias, e somente naquelas em que houver dolo ou simulação do beneficiado, ou de terceiro em benefício daquele;

13. O prazo de prescrição pode ser interrompido nos casos do art. 174, parágrafo único, do Código Tributário Nacional: pela citação pessoal feita ao devedor; pelo protesto judicial; por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; ou por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor;

14. Salvo disposição de lei em contrário, no caso de solidariedade a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, favorece ou prejudica aos demais;

15. A consulta não é motivo de interrupção ou suspensão do prazo prescricional;

16. A primeira hipótese do parágrafo único do art. 174 foi alterada pela Lei Complementar 118 de 09 de fevereiro de 2005, ocorrendo a interrupção pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal, tendo tal regra entrado em vigor no dia

09 de junho de 2005, sendo essa uma norma de direito material, como o são as normas relacionadas à prescrição;

17. Com relação à dívida de natureza não tributária as regras sobre prescrição da Lei 6.830/80 são plenamente válidas;

18. Prescrição tributária é matéria reservada à lei complementar a partir da Constituição de 1988;

19. A Lei 11.051/2004, que tratou da prescrição intercorrente, alterando a Lei 6.830, é inconstitucional por não ser lei complementar;

20. O legislador federal, estadual ou municipal poderia tratar de prescrição tributária na lei ordinária, antes de 1988, o que foi feito na Lei 6.830/80 pelo legislador federal, devendo-se aceitar a aplicação das regras federais às demais entidades da Federação, mesmo antes da Constituição de 1988 devido à natureza concentradora de nossa Federação;

21. Com o advento da Constituição de 1988, as normas sobre prescrição previstas na Lei 6.830/80 passaram a ser lei complementar, pelo fenômeno da recepção, aplicando-se a todas as entidades da Federação;

22. A regra do art. 2º, § 3º, da Lei 6.830/80 que diz que a inscrição na dívida ativa suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo, é válida e lei complementar;

23. A regra do art. 8º, § 2º, da Lei 6.830/80 pela qual o despacho do juiz, que ordenar a citação, interrompe a

prescrição, é válida, lei complementar e revogou o disposto no art. 174, parágrafo único, I, do Código Tributário Nacional;

24. A regra da suspensão da prescrição do art. 40 da Lei 6.830/80 é válida e lei complementar, mas somente haverá a suspensão da prescrição se o devedor não for localizado e nem seus bens, e ela recomeça a correr de onde parou tão logo seja encontrado o devedor ou bens passíveis de penhora;

25. Mesmo se a falta de andamento for imputável ao serviço judiciário ou ao fisco haverá a prescrição, pois tal fato não é previsto na lei como caso de suspensão ou interrupção da prescrição;

26. no que tange aos tributos, a simples propositura de ação não interrompe e nem suspende a prescrição;

27. Não há falar-se em prescrição intercorrente durante o processo administrativo, pois ela ainda não começou a correr, podendo ocorrer a decadência;

28. O art. 40 da Lei 6.830/80 prevê a prescrição intercorrente no caso em que, localizado o devedor ou encontrados bens, haja negligência da Fazenda em dar andamento à execução;

29. Não tendo amparo legal e não é válido o prazo de um ano previsto na súmula 314 do STJ;

30. O art. 40, § 2º, da Lei 6.830/80 fala no prazo de um ano, mas não com relação a eventual recomeço da prescrição; e

31. O juiz pode aplicar na execução fiscal o art. 267, III, c. c. o § 1º, do mesmo artigo, do Código de Processo Civil c. c. o art. 1º, da Lei 6.830/80, sendo que o simples pedido de prosseguimento não dá andamento ao feito.

REFERÊNCIAS

- ARZUA, Heron. *Contribuição ao estudo dos tributos para-fiscais*. São Paulo: Resenha Tributária, IBET, 1974.
- ATALIBA, Geraldo. Normas gerais de direito financeiro e tributário e autonomia dos estados e municípios. *Revista de Direito Público*, n. 10, [s.d.].
- BALEEIRO, Aliomar. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário e prescrição. *Revista de Direito Tributário*, n. 9/10, [s.d.].
- BORGES, Souto Maior. Normas gerais de direito tributário. *Revista de Direito Público*, n. 31, [s.d.].
- CAIS, Cleide Previtalli. *O processo tributário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- CALCIOLARI, Ricardo Pires; CORDIOLI, Maximilian Hagl. A prescrição intercorrente em matéria tributária. *Direito Tributário Atual*, n. 18, [s.d.].
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CASSONE, Vittorio; CASSONE, Maria Eugénia Teixeira. *Processo tributário*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- _____. *Curso de direito tributário brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. *Manual de direito tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- COSTA, Alcides Jorge. Decadência, prescrição e prescrição intercorrente em matéria tributária. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, v. 5, n. 21, out./dez. 1997.
- FLAKS, Milton. *Comentários à Lei de Execução Fiscal*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- ICHIHARA, Yoshiaki. *Direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MARTINS, Ives Gandra. *A prescrição no direito tributário brasileiro*. São Paulo: Resenha Tributária, 1977.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários à Lei de Execução Fiscal*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- TORRES, Heleno Taveira. Funções das Leis Complementares no Sistema Tributário Nacional – Hierarquia das Normas – Papel do Código Tributário Nacional no Ordenamento. *Revista de Direito Tributário*, n. 84, [s.d.].

Herdeiros necessários

Fabício Dani de Boeckel*

INTRODUÇÃO

A recente entrada em vigor do novo Código Civil produziu inúmeras alterações no ordenamento jurídico brasileiro. O direito sucessório, embora tenha sofrido modificações em grande parte menos significativas que outras áreas do direito civil, também teve seu conteúdo atingido pela nova legislação.

Dentre as inovações introduzidas no direito das sucessões, merece destaque a inclusão do cônjuge no rol dos herdeiros necessários e a previsão de concorrência do mesmo com os descendentes do falecido em determinadas condições, bem como a concorrência com ascendentes na falta de descendentes. Essa alteração, porém, acarretou a necessidade de uma série de adaptações.

Procuraremos, no presente trabalho, abordar a matéria relativa aos herdeiros

necessários, sempre à luz da nova ordem jurídica estabelecida.

Com esse objetivo, após um breve relato histórico, passaremos a analisar a definição de “porção legítima”, bem como a forma pela qual deve a mesma ser calculada, posteriormente entrando na matéria relativa ao elenco de herdeiros necessários segundo o novo Código Civil.

Estudados os pontos acima referidos, poderemos entrar em outros que possuem direta relação com o tema da garantia conferida aos herdeiros reservatários, quais sejam: o instituto da colação, destinado a igualar, na proporção estabelecida no Código, a legítima de certos herdeiros necessários, e as restrições que podem ser impostas sobre os bens hereditários através de testamento, especialmente a clausulação dos bens integrantes da legítima.

* Advogado, mestre em Direito pela UFRGS, professor substituto da Faculdade de Direito da UFRGS.

Em síntese, procuraremos estabelecer as novas bases sobre as quais deve ser estudado o tema alusivo aos herdeiros reservatários, adaptando os antigos institutos às inovações recentes e propondo as reformulações necessárias.

1. BREVE RELATO HISTÓRICO

A liberdade de dispor dos bens por testamento seguiu caminhos inversos na história da civilização ocidental. De um lado, o direito romano, admitindo inicialmente a ampla e irrestrita liberdade de testar, fundada no poder ilimitado do *pater familias*; de outro, o direito germânico, que em razão da tradição da co-propriedade familiar impedia a transmissão dos bens hereditários a alguém estranho à família, impondo a atribuição da herança ao primogênito.¹

Ao longo do tempo, todavia, essas posições extremadas foram gradativamente se aproximando. No direito romano, o primeiro passo foi estabelecer aquilo que os autores costumam chamar de um “direito hereditário necessário formal”, isto é, impor ao disponente a necessidade de excluir expressamente cada um dos parentes próximos que não desejasse contemplar. O passo seguinte foi a utilização da *querela inofficiosi testamenti* como meio de proteção dos

parentes próximos, anulando-se o testamento que não os contemplasse, tudo com base na ficção de que o testador não poderia estar em seu perfeito juízo ao excluir de sua sucessão pessoas que presumivelmente eram a ele ligadas por estreitos laços afetivos.²

Arnoldo Wald relata que a atenuação desse rigorismo (anulação do testamento como um todo) decorreu de um *senatus consultus* da época de Marco Antônio, quando foi proibida a utilização da *querela inofficiosi testamenti* nos casos em que os parentes próximos recebessem ao menos uma quarta parte da herança.³ Não mais se admitia a anulação do testamento em função da alegação de insanidade do testador, apenas permitindo-se a redução das disposições na quantidade suficiente para que fosse respeitada aquela quota em favor dos parentes próximos.

No direito justinianeu já havia previsão expressa dessa proteção aos descendentes, ascendentes e irmãos, em limite até mais benéfico a esses parentes: a parte indisponível corresponderia a um terço do patrimônio hereditário quando o testador possuísse quatro filhos ou menos e à metade quando tivesse número maior de filhos. Outro ponto relevante da regulação da liberdade de testar foi a previsão, na Novela 115, da exigência de justificação expressa e plausível para a deserdação, inclusive estabelecendo as

1 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968, v. 55, p. 205-211.

2 MIRANDA, Darcy Arruda. Da “legítima” na sucessão testamentária. *Revista Trimestral de Direito Privado*, São Paulo, v. 1, p. 149-158, 1970, p. 150.

3 WALD, Arnoldo. *Direito das sucessões*. 12. ed. rev., ampl. e atual., com a colaboração do Prof. Roberto Rosas e da Profa. Débora Gozzo. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 165.

causas que dariam ensejo à essa espécie de exclusão do herdeiro.⁴

Portanto, seguindo os passos sumariamente relatados atinentes à evolução romana, conclui-se que a mesma partiu de uma posição inicial na qual se atribuía total liberdade de dispor dos bens por testamento, situação que foi sendo restringida ao longo do tempo, estipulando-se cada vez maiores garantias aos parentes próximos contra o arbítrio e a ampla liberdade do testador.

Em sentido completamente inverso ocorreu a evolução do direito germânico. Como já mencionado, a tradição de que o patrimônio pertencia à família, não podendo ser dela afastado por vontade do testador, que deveria transmitir os bens ao primogênito, impossibilitava toda e qualquer liberdade de disposição. Aqui a evolução ocorreu no sentido de permitir, gradativamente, cada vez maior liberdade ao testador para disciplinar a transmissão do patrimônio.

Seguindo esses caminhos inversos, chegou-se na modernidade a um meio-termo: de um lado, é oferecida proteção aos parentes próximos contra o arbítrio do testador, garantindo-lhes a participação em determinada quota da herança; de outro, admite-se a livre disposição de certa fração do patrimônio, sem necessidade de mencionar o porquê de sua vontade, permitindo-se que em relação a essa parte o testador exerça inteiramente o seu arbítrio.

Contudo, apesar da enorme aproximação verificada, muitas diferenças ainda existem no tratamento da matéria pelos Estados contemporâneos. A quota disponível, os herdeiros aos quais é garantida a parte reservada, as condições para a deserdação, a possibilidade de imposição de certas restrições sobre a legítima, entre tantos outros pontos, recebem tratamento bastante diferenciado nos ordenamentos jurídicos da atualidade.

No século XIX, vigorava em nosso país regra que garantia aos herdeiros necessários uma quota correspondente a dois terços da herança. O Projeto Beviláqua, de 1889, seguiu essa mesma orientação. Porém, em 1907, através da Lei Feliciano Pena, a parte indisponível foi reduzida para metade do patrimônio hereditário,⁵ limite que foi mantido pelo Código Civil de 1916 e também pelo de 2002. O novo Código Civil, todavia, trouxe algumas inovações em relação ao rol dos herdeiros necessários, à possibilidade de imposição de certas restrições à legítima, entre outros aspectos que analisaremos adiante.

2. DEFINIÇÃO E CÁLCULO DA LEGÍTIMA

Inicialmente convém distinguir algumas das inúmeras acepções em que o termo “legítima” é utilizado no ordenamento jurídico brasileiro, destacando especialmente três sentidos bastante

4 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 203.

5 RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito das sucessões*. 25. ed. atual. por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 123.

diversos: a) num primeiro momento, o legislador pátrio refere-se à “sucessão legítima”, como contraponto à sucessão testamentária. Nesse sentido, está aludindo à sucessão que se dá pela ordem de vocação hereditária prevista na lei (não em testamento) e segundo a distribuição de quotas na proporção também decorrente das disposições legais. Os herdeiros assim chamados a suceder são denominados “herdeiros legítimos”; b) a segunda acepção utilizada pelo legislador diz respeito à metade indisponível do patrimônio, ou seja, àquela parte da herança que a lei reserva a determinadas pessoas presumivelmente ligadas ao testador por fortes laços afetivos, limitando a sua liberdade de disposição. Orlando Gomes destaca que a proteção à legítima, contudo, não ocorre apenas no direito sucessório, fazendo-se presente também nos atos *inter vivos* através dos quais determinado indivíduo pretenda doar uma quota de seu patrimônio superior ao limite que, naquele momento, poderia dispor pela via testamentária;⁶ c) o termo “legítima” é também utilizado para designar a fração correspondente a cada herdeiro legítimo. Nesse caso, é possível o emprego do termo no plural, referindo-se às quotas dos diversos herdeiros chamados a suceder pela ordem e na proporção estabelecida na lei, ao contrário do significado mencionado sob

a letra “b”, segundo o qual apenas é admissível conceber uma “legítima” (metade indisponível), que se contrapõe à quota disponível.

Feita essa primeira distinção, limitaremos agora nossa análise apenas à segunda acepção referida (letra “b”), ou seja, “legítima” como a parte indisponível do patrimônio, reservada obrigatoriamente aos herdeiros necessários, os quais não podem ser afastados da sucessão, exceto em casos de tamanha gravidade, quando então o legislador permite a exclusão da herança (seja por indignidade, seja por deserdação).

Como já foi referido, o emprego do termo em pauta com o significado que tem relevância para o presente trabalho jamais poderá ser utilizado no plural, pois no máximo existirá uma metade legítima em cada sucessão, possuindo o testador livre disposição sobre a metade remanescente. Destaque-se, porém, que nem sempre haverá essa reserva, pois a mesma tem como destinação específica proteger os herdeiros necessários contra o arbítrio do testador, não se configurando na hipótese de o falecido não deixar sucessores pertencentes às classes que gozam desse benefício, como implicitamente determina o art. 1.789 do novo Código Civil: “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”.

6 GOMES, Orlando. *Sucessões*. 7. ed. atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 75. Idêntico ensinamento nos passa Giovanni Cribari (CRIBARI, Giovanni. *Sucessão testamentária – Herdeiros necessários – Força da legítima – Doação em vida: limites – Ações de empresa familiar holding: sobrevalor*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 331, p. 185/195, 1995. p. 192).

Mais uma distinção deve ser feita nesse momento: os herdeiros legítimos nem sempre serão necessários. É o caso, por exemplo, dos colaterais, mencionados na ordem de vocação hereditária pelo direito pátrio, porém não abrangidos pela reserva de parte do patrimônio em seu favor, o que lhes asseguraria direitos sucessórios mesmo contra a vontade do testador. Os herdeiros necessários, pelo contrário, sempre serão herdeiros legítimos, isto é, aqueles que são chamados segundo a ordem de vocação fixada na lei.

Se as disposições realizadas pelo testador em vida ou por ato de última vontade não atingirem a totalidade da parte disponível, a soma das quotas recebidas pelos herdeiros necessários será superior ao valor da legítima, no sentido de metade indisponível. Contudo, nada impede que se utilize a expressão "legítima" para designar a quota de cada um desses herdeiros (letra "c", supra), desde que observadas as diferenças resultantes do emprego da mesma expressão com outro significado, não mais referindo-se à metade dos bens, e sim à quota distribuída a cada herdeiro legítimo segundo a proporção fixada em lei.

De outra parte, a intangibilidade da legítima protege os herdeiros necessários não apenas contra a livre disposição dos bens através de testamento, mas também contra a liberalidade por ato *inter vivos*. Portanto, mesmo inexistindo testamento, pode ser necessário fazer valer a garantia da legítima com o objetivo de reduzir as doações inoficiosas, isto é, os atos de liberalidade praticados em vida que violam a quota reservada aos herdeiros necessários.

A intangibilidade da legítima assegurada pelo ordenamento jurídico brasileiro, porém, é meramente quantitativa.⁷ Isso significa que os herdeiros necessários não têm o direito de exigir metade dos bens de cada natureza, ou metade dos bens de certa qualidade. Somente podem exigir seja respeitada uma igualdade quantitativa na partilha, isto é, que a soma dos valores correspondentes aos bens integrantes da legítima seja equivalente à soma dos valores alusivos aos bens objeto de livre disposição.

Apesar de parte da doutrina não concordar com o posicionamento aqui exposto, entre eles Carvalho Santos,⁸ entendemos que a lei brasileira não

7 Nesse sentido: PONTES DE MIRANDA, *Tratado...*, v. 56, p. 90. Quanto à diferenciação entre intangibilidade quantitativa e qualitativa, recomenda-se a leitura de D'AVANZO, Walter. *Delle successioni*. Firenze: G. Barbèra, 1941, v. 2, p. 420-426.

8 "Não nos parece que a razão esteja com essa jurisprudência. Em verdade, não há um dispositivo expresso proibindo ao testador determinar os bens que devem constituir o quinhão do herdeiro necessário, correspondente à sua legítima, mas essa proibição está implícita dentro do sistema do Código, quando exige no partilhar os bens a observância da maior igualdade possível, quanto ao seu valor, natureza e qualidade (art. 1.775)" (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, v. 24., p. 86). Expressamente concordando com Carvalho Santos: MIRANDA, *Da "legítima"*..., p. 152.

admite outra interpretação da matéria. Afinal, em relação às disposições testamentárias o legislador expressamente optou por permitir que o testador determinasse especificamente os bens que deixa ao sucessor (legado) ou simplesmente estabelecesse a quota da herança que atribui ao beneficiado. Inexistindo qualquer obstáculo ao preenchimento da metade disponível com a instituição de legados, ou mesmo com a transmissão de bens determinados através de liberalidades *inter vivos*, inegável que o disponente possuirá a faculdade de escolher os bens que comporão a legítima. Entretanto, frise-se que em nenhuma hipótese lhe é permitido atingir a reserva. Se a soma dos bens escolhidos para integrar a parte disponível da herança superar a metade garantida por lei em favor dos herdeiros reservatários, haverá a necessária redução das disposições.

Um problema se coloca quando os reservatários pretendam aceitar a violação da legítima: poderiam os herdeiros necessários dispensar a redução, cumprindo integralmente a vontade declarada pelo testador? Sem dúvida. Em se tratando de direitos disponíveis, os respectivos titulares gozam da prerrogativa de renunciá-los. A questão, porém, ganha contornos mais duvidosos em virtude do disposto no art. 1.808, *caput*, do Código Civil de 2002.⁹ Diante dessa

norma, resta vedada a possibilidade de renúncia parcial da herança, e, por conseqüência, de uma parcela da legítima. Para compatibilizarmos a disponibilidade sobre esses direitos patrimoniais e a proibição de renúncia ou aceitação parcial da herança, devemos diferenciar dois momentos sucessivos: inicialmente, tem-se a transmissão integral da legítima, de forma automática, para os herdeiros necessários; apurado o excesso e concordando os reservatários em respeitar a vontade do falecido, deve-se então considerar que houve uma transmissão patrimonial dos herdeiros necessários para os sucessores testamentários beneficiados.¹⁰

Admitida essa transmissão patrimonial, basta verificar se houve ou não a correspondente reposição por parte dos beneficiados para detectarmos se a operação foi realizada a título gratuito ou oneroso, com a conseqüente incidência do tributo relativo à transação efetuada.

Quanto ao cálculo da legítima, note-se que o Código Civil Brasileiro de 2002, reproduzindo dispositivos do anterior, em mais de uma oportunidade menciona que a legítima corresponde à metade do patrimônio hereditário (arts. 1.789 e 1.846). Entretanto, o que sempre se viu foi uma divisão em “duas metades de tamanhos diferentes”. Realmente é complicado abordar e procurar explicar esse aspecto da matéria, pois contraria

9 “Art. 1.808. Não se pode aceitar ou renunciar a herança em parte, sob condição ou a termo.”

10 LACERDA, Galeno Vellinho. *Sucessões e partilhas*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 4, p. 225-242.

a lógica admitir que duas metades de uma mesma coisa não sejam quantitativamente idênticas.

Importante observar, antes de tudo, a redação conferida ao parágrafo único do art. 2.002 do novo Código Civil: “Para cálculo da legítima, o valor dos bens conferidos será computado na parte indisponível, sem aumentar a disponível”. Ora, se existe previsão de que o valor de determinados bens seja somado com a finalidade de aferir a metade disponível e ao mesmo tempo se admite que o aumento daí decorrente não implicará em majoração da outra metade, a única alternativa é reconhecermos que o legislador efetivamente contrariou a lógica e estabeleceu a possibilidade de existirem duas metades desiguais.¹¹

O art. 1.847 do novo Código Civil, apesar de conter redação diversa à do art. 1.722 do Diploma de 1916,¹² aparentemente manteve a orientação manifestada no dispositivo revogado: “Art. 1.847. Calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos à colação.”

O critério seguido apresenta dois inconvenientes, o primeiro deles há muito superado pela doutrina no plano abstrato, embora de difícil (mas não impossível) aplicação: estamos falando na possibilidade de ocorrerem doações (atos *inter vivos*) sucessivas, caso em que, para viabilizar a averiguação de eventual violação à legítima, temos que somar os valores correspondentes a cada um dos bens doados e posteriormente comparar o resultado obtido com o valor dos bens preservados em favor dos herdeiros necessários. A grande dificuldade para aplicar tal orientação decorre de que é indispensável demonstrar quais bens foram doados, quando ocorreu cada ato de liberalidade, etc., além da necessidade de comprovar todas essas transmissões patrimoniais, muitas das quais poderão ter ocorrido há várias décadas.

O segundo inconveniente que decorre do sistema adotado pelo Código Civil brasileiro melhor pode ser explicado através de um exemplo bastante esclarecedor: imagine-se duas pessoas casadas entre si pelo regime da comunhão universal de bens.¹³ possuindo

11 MIRANDA, Da “legítima”..., p. 151-152. Ainda sobre o tema MELO, Luiz Pereira de. Dos herdeiros necessários. *Jurisprudência e Doutrina*, Fortaleza, v. 91, p. 23/28, 1973, p. 25.

12 Dizia o art. 1.722 do antigo Código: “Art. 1.722. Calcula-se a metade disponível (art. 1.721) sobre o total dos bens existentes ao falecer o testador, abatidas as dívidas e as despesas do funeral.” “Parágrafo único. Calculam-se as legítimas sobre a soma que resultar, adicionando-se à metade dos bens que então possuía o testador a importância das doações por ele feitas aos seus descendentes (art. 1.785).”

13 Utilizamos o regime da comunhão universal de bens apenas por se tratar de um dos casos em que o cônjuge supérstite não concorrerá à herança com os descendentes.

filhos comuns. Ao atingirem uma idade bastante avançada, os pais resolvem doar conjuntamente aos descendentes a quase totalidade do patrimônio que lhes pertence, apenas reservando em favor próprio alguns poucos bens de valor irrisório se comparado ao dos bens transmitidos por liberalidade. Feito isso, cada um dos cônjuges elabora testamento atribuindo ao outro a ínfima parcela remanescente do patrimônio comum. Nesse caso, se interpretarmos a lei de forma literal e restrita, concluiríamos que o testamento do primeiro cônjuge a falecer violou a legítima dos herdeiros necessários, pois não preservou, em favor destes, a metade dos bens existentes na data de abertura da sucessão. Esse raciocínio, porém, não nos parece correto. Na hipótese aludida, a legítima dos herdeiros necessários não apenas foi garantida como também foi antecipada, inclusive proporcionando maior vantagem aos reservatários, que mais cedo poderão começar a usufruir do patrimônio transmitido.

Pelas razões expostas, entendemos ser extremamente injusta e inadequada a interpretação restrita aludida acima, devendo o aplicador da lei conferir o devido temperamento à norma que, interpretada literalmente, não apenas deixaria de cumprir a finalidade em função da qual foi estabelecida, mas também se voltaria contra aqueles que visava proteger. Afinal, diante da probabilidade de que, no futuro, a questão fosse decidida da forma que condenamos, os pais simplesmente deixariam de

antecipar a transmissão do patrimônio aos filhos.

3. HERDEIROS NECESSÁRIOS SEGUNDO O NOVO CÓDIGO CIVIL

Conforme abordado superficialmente no capítulo anterior, os herdeiros legítimos podem ser subdivididos em facultativos e necessários. Os primeiros não possuem qualquer garantia contra a vontade do testador em afastá-los da herança, ao contrário dos últimos, a quem a lei reserva uma metade indisponível do patrimônio.

Todavia, a partir dessa subdivisão e considerando a sucessão legítima como contraposta à testamentária, seria incorreto concluir que os herdeiros necessários não possam ser contemplados por ato de última vontade. Aliás, o art. 1.849 do Código Civil de 2002 expressamente autoriza a cumulação da quota legítima com legado ou quota do disponível conferida por testamento. Evidente que a manifestação de última vontade na qual simplesmente seja concedida aos herdeiros necessários a parte disponível do patrimônio, na mesma proporção fixada pela lei, seria totalmente desnecessária, uma vez que os arts. 1.788, 2ª parte, e 1.966 do novo Código Civil conferem aos herdeiros legítimos (e os necessários sempre estarão à frente dos facultativos na ordem de vocação hereditária) a parte disponível que não foi objeto de testamento. Além disso, a regra geral é que os herdeiros necessários só podem perder com a elabora-

ção de testamento.¹⁴ Essa afirmação é verdadeira se considerarmos o conjunto de herdeiros reservatários, mas não se pensarmos na possibilidade de contemplação somente de alguns dos herdeiros necessários quanto à parte disponível, hipótese em que estes seriam beneficiados em comparação ao que receberiam em caso de sucessão intestada.

A diferença básica entre os herdeiros facultativos e os reservatários consiste na possibilidade de serem aqueles afastados da sucessão através de simples manifestação de vontade imotivada do testador, enquanto o afastamento dos reservatários somente poderá ocorrer quando configurado algum dos graves casos previstos na legislação como autorizadores da deserdação ou mesmo de indignidade. Quanto a esta última,

tanto os herdeiros necessários quanto os facultativos estão sujeitos a ela. A deserdação, por outro lado, serve apenas como meio de afastar da sucessão os herdeiros necessários, uma vez que é dispensável qualquer motivação para deixar de contemplar em testamento os herdeiros facultativos, como dispõe o art. 1.850 do Código Civil atual.¹⁵ O instituto da deserdação, que poderia ser tomado como prejudicial aos herdeiros necessários por consistir em modo de afastá-los da sucessão, em verdade os protege contra o arbítrio do testador, pois a lei estabelece um rol taxativo e reduzido de causas que poderiam ensejá-lo, impedindo sejam os herdeiros necessários afastados por qualquer outra justificação ou mesmo imotivadamente.

14 Essa constatação decorre do fato de que, inexistindo testamento, aos herdeiros necessários será transmitida a totalidade do patrimônio hereditário. De forma alguma poderiam eles herdar quantidade superior a esta. As disposições de última vontade, em tese, somente poderiam lhes ser prejudiciais, reduzindo as respectivas participações no acervo. Convém, todavia, ressaltar certas exceções: a clausulação do patrimônio transmitido *causa mortis*, por exemplo, pode ser benéfica ao herdeiro necessário que está prestes a propor dissolução da sociedade conjugal, como forma de impedir que o patrimônio hereditário se comunique ao outro cônjuge; a cláusula de impenhorabilidade também pode garantir ao reservatário a propriedade de bens inalcançáveis por seus credores; o testamento que simplesmente deserda algum dos herdeiros necessários acarretará o aumento do quinhão de cada um dos demais reservatários; etc.

15 “Art. 1.850. Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar.” Aqui convém destacar uma omissão do legislador, em nosso entender, relativamente ao companheiro estável, não arrolado entre os herdeiros necessários e, conseqüentemente, herdeiro não obrigatório. Mais correta seria a redação do art. 1.850 se fizesse referência simplesmente aos herdeiros facultativos, e não especificamente aos colaterais. Entretanto, como destaca Sílvio Rodrigues, o dispositivo em comento é absolutamente desprovido de utilidade, já que a conseqüência prevista decorreria automaticamente do sistema estabelecido pelo Código, segundo o qual a garantia da reserva somente beneficia os herdeiros necessários. RODRIGUES, *Direito...*, p. 124.

Passemos agora ao elenco dos herdeiros reservatários fixado pelo novo Código Civil.

Seguindo orientação já constante do Projeto Beviláqua (de 1889), porém não adotada pelo Código Civil de 1916, o legislador de 2002 optou por atribuir ao cônjuge a condição de herdeiro necessário, ao lado dos descendentes e ascendentes, que já gozavam de tal benefício sob a égide do diploma anterior. Mais do que isso, alterou em parte a ordem de vocação hereditária para efeito de estabelecer concorrência entre o cônjuge e os descendentes em determinados casos, bem como entre o cônjuge e os ascendentes do *de cujus*.

Por óbvio, a qualidade de herdeiro necessário conferida ao cônjuge pelo art. 1.845 está condicionada ao disposto no art. 1.830 do novo Código Civil, que expressamente retira qualquer direito sucessório daquele consorte se, ao tempo da morte, estivessem separados judicialmente ou separados de fato há mais de dois anos, “[...] salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente”.

Importante destacar, ainda, a obrigatoriedade de estudo conjunto das disposições atinentes aos herdeiros necessários e das normas relativas à ordem de vocação hereditária, pois, em última análise, somente caberia falar em ascendentes como herdeiros neces-

sários, por exemplo, quando inexistissem descendentes, caso contrário estariam aqueles automaticamente afastados da sucessão. O mesmo raciocínio aplica-se ao cônjuge sobrevivente quando configurada qualquer das exceções à concorrência com os descendentes mencionadas no art. 1.829, inciso I, do novo Código.¹⁶ Conclui-se, então, que a condição de herdeiro necessário em determinado caso concreto fica condicionada à inexistência de sucessor que lhe anteceda segundo a ordem de vocação hereditária estabelecida pela lei civil.

Quanto ao companheiro estável, parece-nos equivocada a assertiva de que o mesmo goze da condição de herdeiro necessário. Em síntese, poderíamos relacionar os seguintes argumentos para demonstrar que o convivente não foi alçado a essa condição pelo art. 1.790 do Código Civil de 2002: a) ao relacionar os herdeiros necessários (art. 1.845), o legislador estabeleceu rol taxativo, razão pela qual a ausência de menção ao companheiro já seria suficiente para embasar nosso posicionamento; b) a imperatividade que poderia ser atribuída ao art. 1.790 em virtude da sua redação (“A companheira ou o companheiro participará ...”) é só aparente, seguindo a mesma estrutura do art. 1.839 (“Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão

16 O referido dispositivo exclui da concorrência com os descendentes a pessoa casada com o falecido pelo regime da comunhão universal ou da separação obrigatória de bens, assim como quem fosse casado com o *de cujus* pelo regime da comunhão parcial nos casos em que o autor da herança não deixar bens particulares.

chamados a suceder os colaterais até o quarto grau.”), alusivo aos parentes colaterais, inquestionavelmente herdeiros facultativos. Em ambos os casos, os verbos estão conjugados no futuro de forma incondicionada, mas esse aspecto é insuficiente para alçar o companheiro à condição de herdeiro necessário, tanto que o mesmo tempo verbal é utilizado no dispositivo atinente aos colaterais e ninguém até hoje pretendeu interpretar essa norma de modo a incluí-los entre os herdeiros necessários; c) admitir que a legislação brasileira tenha pretendido tornar o companheiro estável herdeiro reservatário causaria, ainda, sérias distorções, dispensando-se a ele tratamento diferenciado e mais benéfico do que o dispensado ao cônjuge. Note-se que o dever de colacionar, por exemplo, é imposto apenas aos descendentes e ao cônjuge sobrevivente, conforme o art. 2.003 do novo Código. Admitindo-se o companheiro como herdeiro necessário, estaria o mesmo dispensado de colacionar os bens recebidos do autor da herança ainda em vida. Esse tratamento privilegiado conferido ao companheiro seria, ao nosso ver, incompatível com o sistema jurídico brasileiro. Importante salientar, também, que o companheiro, ao contrário do cônjuge, não foi referido no art. 544, correspondente às doações em adiantamento de legítima, ausência que reforça o entendimento exposto neste trabalho; d) seria incongruente por um lado considerar herdeiro reservatário o companheiro e por outro incluí-lo na ordem de vocação hereditária depois de herdeiros facultativos, isto é, dos colaterais. Conforme mencionado anteriormente, o

herdeiro que recebe da lei a qualificação de “necessário”, independentemente disso só herdará na falta de outros sucessores que lhe antecedam na ordem de vocação. Assim, os ascendentes só sucedem quando o *de cujus* não deixa descendentes. O companheiro estável também só recebe a totalidade da herança quando inexistirem parentes sucessíveis, aqui incluídos os colaterais (herdeiros facultativos), consoante dispõe o inciso IV do art. 1.790.

Independentemente de todas as razões referidas acima, embasadas na lei posta, poder-se-ia argumentar que o “esquecimento” do legislador ao não referir os companheiros estáveis entre os herdeiros necessários deve ser sanado o quanto antes, mediante alteração legislativa. Um aspecto, porém, não pode ser abstraído ao comentarmos essa sugestão: a união estável caracteriza-se pela ocorrência de certas condições ao longo de determinado período, tendo início sempre impreciso, dificilmente determinável com exatidão. Muitas vezes os próprios conviventes não sabem se o relacionamento que possuem caracteriza ou não uma união estável. O que dizer então de terceiros? Note-se que a proteção aos herdeiros necessários não está limitada apenas ao direito sucessório, pois a legítima também é assegurada contra a prática de atos *inter vivos* que pudessem violá-la. Imagine-se o enorme prejuízo à segurança das relações jurídicas caso a lei possibilitasse a anulação de doações que qualificaríamos como inoficiosas por ofensa à legítima do companheiro estável.

Um último argumento poderia ser levantado para questionar o nosso posicionamento. Efetivamente, o art. 1.850 do Código Civil de 2002 deixou de mencionar o companheiro estável, fazendo alusão somente aos colaterais. Contudo, essa constatação em nada prejudica o raciocínio desenvolvido até aqui. Já dissemos que o dispositivo em pauta é totalmente despiciendo, porque seu conteúdo está implícito no sistema jurídico brasileiro, segundo o qual apenas os herdeiros necessários estão garantidos contra o arbítrio do testador que pretendesse excluí-los totalmente da herança.

De qualquer forma, apesar de todos os argumentos trazidos, é inquestionável que a não inclusão do companheiro estável entre os herdeiros necessários, em última instância, consiste em mera escolha legislativa, razão pela qual poderia ser modificada a qualquer momento, derubando completamente o raciocínio exposto acima. Entretanto, no presente trabalho não pretendemos estudar os herdeiros necessários de forma claramente contrária ao disposto na lei, limitando nossa tarefa a interpretar o ordenamento jurídico vigente do modo que nos parece mais plausível e reconhecendo nossa total falta de legitimidade para criar disposições legais diversas das postas, ainda mais em se tratando de tema extremamente controvertido na sociedade brasileira contemporânea.

4. A COLAÇÃO NA PERSPECTIVA DO NOVO CÓDIGO CIVIL

Freqüentemente se ouve dizer que o instituto da colação tem por fim igualar

as legítimas dos herdeiros necessários. Duas observações, contudo, devem ser feitas para que se alcance a verdadeira definição do instituto, bem como sua finalidade. Primeiro, destaque-se que nem todos os herdeiros reservatários estão obrigados a conferir o valor das doações recebidas do autor da herança. Os ascendentes, ao contrário dos descendentes, estão dispensados de fazê-lo. O cônjuge supérstite, por sua vez, apenas deverá conferir os bens que lhe foram doados em vida pelo *de cujus* quando concorrer com descendentes do mesmo. A justificativa dessa diferenciação é lógica: considerando que o instituto em pauta tem como finalidade igualar as legítimas, exigir a colação por parte de uns e não de outros herdeiros concorrentes seria medida extremamente injusta. Portanto, o cônjuge terá a obrigação de colacionar nos casos em que concorrer com descendentes do falecido, jamais quando concorrer com ascendentes. Na hipótese de inexistirem tanto descendentes quanto ascendentes, é óbvio que o cônjuge sobrevivente também estará dispensado de colacionar, pois nesse caso haverá um único herdeiro necessário, razão pela qual não se pode falar em “igualar legítimas”.

Uma segunda observação também poderá influenciar certa flexibilização do conceito tradicional de “colação”. Pois bem, note-se que o instituto era caracterizado em nosso direito anterior (Código Civil de 1916) como algo tendente a igualar as legítimas dos herdeiros necessários, mais especificamente dos descendentes. Ocorre que o Código de

2002 inovou o direito sucessório pátrio em alguns aspectos, entre os quais podemos mencionar a previsão de concorrência do cônjuge com descendentes ou ascendentes do falecido. Como consequência dessa alteração, foram estabelecidas quotas às vezes desiguais para as classes que concorrem numa mesma sucessão. Diante de tais circunstâncias, não mais se pode falar de modo absoluto em “igualar” legítimas, pois a quota destinada a cada um dos descendentes pode ser diferente da conferida ao cônjuge. Nesse sentido, aliás, merece elogios a redação do art. 2.003 do atual diploma, que tratou da matéria de forma precisa ao dispor: “A colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes e do cônjuge [...]”.

Não pretendemos esgotar a análise das colações no presente trabalho, e sim apenas ressaltar as principais alterações introduzidas pelo novo diploma Civil. Por essa razão, passaremos a abordar um último ponto relativo a esse instituto que nos parece relevante em face da recente modificação legislativa. Trata-se do valor pelo qual os bens anteriormente doados serão conferidos após a abertura da sucessão.

Estabelecia o art. 1.792, *caput*, do Código de 1916: “Os bens doados, ou dotados, imóveis, ou móveis, serão

conferidos pelo valor certo, ou pela estimação que deles houver sido feita na data da doação”. O dispositivo transcrito foi objeto de inúmeras críticas por parte da doutrina brasileira. Mais questionável ainda a regra se considerada a galopante inflação que por tantos anos caracterizou a economia de nosso país. Afinal, o valor atribuído a determinado bem na data da doação certamente se tornaria irrisório em breve, sendo muito inferior ao que se precisaria gastar para adquirir o mesmo bem poucos dias mais tarde.

As inúmeras críticas foram consideradas quando da elaboração do Código de Processo Civil, em virtude do que este diploma alterou o critério de cálculo do valor dos bens trazidos à colação: “Os bens que devem ser conferidos na partilha, assim como as acessões e benfeitorias que o donatário fez, calcular-se-ão pelo valor que tiverem ao tempo da abertura da sucessão”.¹⁷

Sem dúvida este é o critério mais adequado para a regulação da matéria. Inquestionavelmente, para que a estimativa de valores de diversos bens alcance resultados equitativos, deve ser realizada segundo os mesmos critérios de avaliação e tomando por base o valor dos vários bens em uma mesma época.¹⁸

Entretanto, a tão comemorada alteração introduzida pela Lei Processual teve

17 Parágrafo único do art. 1.014.

18 “Daí resulta como consequência que a avaliação dos bens deve ser homogênea, coetânea. Vedado se torna ao testador, por exemplo, impor valores ao seu talante aos bens da herança, assim como não poderá o juiz, sob pena de nulidade, partilhar bens com avaliação diversa no tempo.” (LACERDA, *Sucessões...*).

vida curta, sendo vítima de retrocesso imposto pelo Código Civil de 2002, que assim disciplinou a questão: “Art. 2.004. O valor de colação dos bens doados será aquele, certo ou estimativo, que lhes atribuir o ato de liberalidade”. E continua no § 1º: “Se do ato de doação não constar valor certo, nem houver estimação feita naquela época, os bens serão conferidos na partilha pelo que então se calcular valessem ao tempo da liberalidade”.

Embora a questão inflacionária não mais acarrete a imensa preocupação de outrora, em função da relativa estabilidade alcançada por nossa economia, de qualquer forma mostra-se conveniente a imediata alteração do dispositivo em pauta pelas razões expostas acima, especialmente pelo desequilíbrio que proporciona, ainda mais em se tratando de instituto que tem por objetivo exatamente “igualar” as legítimas de certos herdeiros necessários.

5. CLAUSULAÇÃO DE BENS DA LEGÍTIMA

A imposição das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre o patrimônio hereditário há muito vem sendo alvo de críticas por parte dos juristas, os quais arrolam inúmeros prejuízos gerados pela clausu-

lação, especialmente no que tange à inalienabilidade. Apenas para citar algumas dessas desvantagens, podemos elencar: a retirada de bens do comércio, impedindo a livre circulação dos mesmos;¹⁹ o desinteresse que em vários casos o sucessor passa a ter pelo bem, muitas vezes já em estado precário, necessitando de reparos, porém sem a perspectiva de poder aliená-lo dentro de certo tempo e se ver ressarcido das despesas realizadas; quando imposta a cláusula sobre bens que compõem a legítima, pode implicar em verdadeira redução da garantia conferida pela lei aos herdeiros necessários, correndo o risco, inclusive, de ser utilizada como uma forma de perseguição ou de castigo ao sucessor; etc.

Todavia, apesar dos muitos inconvenientes apresentados, a clausulação em algumas hipóteses mostra-se não apenas adequada mas também necessária para proteger os interesses do sucessor.²⁰ Com base nesse pensamento, o legislador de 2002 manteve a possibilidade de clausulação dos bens que integram o patrimônio hereditário, inclusive permitindo que tais cláusulas incidissem sobre a metade indisponível.

Se a própria existência das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade já causa extrema repugnância a inúmeros autores,

19 Sobre as objeções econômicas à inalienabilidade dos bens: MALUF, Carlos Alberto Dabus. Cláusulas restritivas nas disposições testamentárias. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 482, p. 29-40, dez. 1975, p. 31.

20 Eugênio Callioli apresenta vários casos em que a clausulação mostra-se conveniente, os quais deixamos de reproduzir em virtude de não terem ligação direta com o escopo do presente trabalho: (CALLIOLI, Cláusulas... p. 74-75).

imagine-se quando a imposição das mesmas ocorrer sobre quota da herança²¹ que a lei considera intangível, mesmo contra a vontade do testador.

Porém, o regramento da questão evoluiu de forma substancial com a entrada em vigor do novo Código Civil, embora ainda não se tenha atingido o que muitos entendem ser o ideal, isto é, o completo banimento dessas cláusulas. Ao menos em relação à legítima, parece claro que o legislador pretendeu condicionar a clausulação dos bens à criação de uma situação mais favorável ao herdeiro necessário. Entendemos, portanto, que o herdeiro reservatário poderá postular a anulação do gravame sobre os bens recebidos por falecimento do testador quando demonstrar, de forma clara, que a inalienabilidade, impenhorabilidade e/ou incomunicabilidade lhe serão prejudiciais. Esse, ao nosso ver, o real significado da expressão “justa causa” contida no art. 1.848 *caput* e § 2º do Código Civil brasileiro de 2002.

Importante salientar, contudo, que a identificação da cláusula como um favorecimento, uma proteção ao herdeiro reservatário, independe, por óbvio, da vontade declarada pelo interessado. Assim, as simples alegações do herdeiro de que pretende alienar o bem e de que isso representaria um grande negócio, somado ainda à afirmação de que

ele (herdeiro), melhor do que qualquer outra pessoa, pode saber o que é mais vantajoso para si próprio, são absolutamente insuficientes para acarretar o levantamento do gravame.

Também a imposição das cláusulas fica condicionada a esse tipo de análise. É necessário verificar se o herdeiro é ou não favorecido pela instituição do gravame. Aqui, porém, entendemos conveniente esclarecer uma questão que envolve matéria processual, atinente à possibilidade de o juiz proceder ao levantamento dos gravames *ex officio*, no próprio Inventário, quando não vislumbrar motivos suficientes para justificar a imposição das cláusulas. Consideramos inadmissível tal atitude, pois nessa hipótese evidentemente a vontade do herdeiro necessário que teve seus bens atingidos deve ser seguida. Chegamos a essa conclusão partindo da idéia de que a garantia da legítima é algo estabelecido em benefício do herdeiro necessário, todavia podendo ele dispor livremente dos direitos patrimoniais que lhe forem conferidos.

Aliás, a permissão para que o juiz agisse de ofício (levantando o gravame²²), além de desrespeitar o princípio da disponibilidade dos direitos patrimoniais, também daria ensejo ao pedido de terceiros (credores do herdeiro necessário, por exemplo) objetivando o levan-

21 Para ser mais preciso, melhor falar em imposição das cláusulas sobre “os bens que integram” a legítima (metade indisponível).

22 Ou, para ser mais exato, impedindo que a clausulação dos bens realizada através de testamento produzisse seus normais efeitos.

tamento das cláusulas e a viabilização de penhora sobre os bens.

Quando o próprio sucessor que estaria sendo prejudicado pela clausulação a aceita, não terá sentido nem cabimento decidir pelo levantamento de tais restrições. Procuraremos demonstrar, através de um exemplo bastante simples, a razoabilidade da posição que sustentamos: imposta a cláusula de incomunicabilidade sobre a legítima pertencente a uma filha do testador, com o objetivo de impedir a participação do seu marido nos bens transmitidos *causa mortis*, determinado juiz poderia entender que inexistente razão suficiente para tornar eficaz a cláusula, uma vez que o esposo da herdeira é pessoa notoriamente conhecida como bem sucedida nos negócios. Acontece que nem sempre o magistrado terá condições de captar a realidade de certa família. Talvez a cláusula houvesse sido imposta por testamento a pedido da própria sucessora, por estar em dúvida quanto à continuidade da sociedade conjugal. A decisão do juiz, nesse caso, além de violar a disponibilidade da parte sobre seus direitos patrimoniais, poderia causar sério constrangimento à interessada, que seria obrigada a recorrer de uma decisão apresentando argumentos que por certo colocariam um fim ao seu casamento.

O exemplo acima justifica, inclusive, a proposta de alteração legislativa contida no Projeto de Lei 6.960, que prevê a dispensa de “justa causa” para imposição da cláusula de incomunicabilidade, pois o próprio herdeiro necessário eventualmente pode se sentir compelido a postular a anulação do gravame simplesmente para satisfazer vontade do seu consorte, sem que também fosse esta a sua verdadeira intenção.

Ainda sobre a imposição de restrições à legítima, convém destacar mais uma novidade introduzida pelo novo Código, qual seja, a proibição de “[...] conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa”,²³ garantindo, dessa forma, que a participação do reservatário se dará sobre os bens que efetivamente compõem a herança, e não sobre quaisquer outros.²⁴

Quanto à clausulação dos bens havidos pela via sucessória que possam ser incluídos na metade disponível, o testador continua com faculdade de impor livremente as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, conforme já ocorria no período de vigência do Código Civil de 1916. É o que se depreende da leitura do art. 1.848, *caput*, do novo diploma.

Não se pode olvidar, porém, que a cada dia aumenta o número de decisões

23 Art. 1.848, § 1º.

24 Convém destacar que a proibição em pauta é absoluta, sendo irrelevante a referência a qualquer “justa causa” que a fundamentasse. Pode-se dizer que o legislador sequer admite possa existir “justa causa” que torne conveniente a imposição desse tipo de restrição. Sobre o tema: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 21, p. 274.

judiciais no sentido de permitir o levantamento dos gravames quando estes se mostrarem inadequados e injustificados, jurisprudência essa surgida ainda à luz do Código Civil antigo, que dispensava a “justa causa” para imposição das cláusulas em pauta. As três decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a seguir transcritas bem demonstram essa tendência:

Inalienabilidade e incomunicabilidade. Cancelamento das cláusulas impostas em doação de imóvel. Caso concreto a autorizar o cancelamento do gravame, desaparecidas que estão as nobres finalidades de sua imposição, que agora se volta contra aquelas que objetivou proteger. Interpretação do art. 1.676 do CCB. ^{25, 26}

Apelação cível. Sucessões. Cláusula de inalienabilidade. Tal cláusula não pode ser vista de modo absoluto, devendo ceder em casos particulares de efetiva necessidade. Recurso desprovido. ²⁷

Doação. Cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade. Cancelamento. Mitigação. Leitura da legislação infraconstitucional à luz dos princípios encartados na Lei Fundamental.

Relativização de direitos. Caso concreto. Frustração das expectativas que determinaram os gravames. Austeridade da regra civil superada pela conveniência ou vantagem concreta. Deferimento do pedido. - As regras de proibição contidas no estatuto civil merecem o devido temperamento, eis que a intenção de preservar o patrimônio, para a fruição dos descendentes, se subjuga à situação vigente, diversa de quando foram estabelecidas as cláusulas, e o abrandamento da austeridade canônica mirase na real conveniência ou vantagem para os interessados. Além disso, a leitura da legislação infraconstitucional deve ser feita sob a ótica dos valores fundamentais contidos na Carta Federal, para que ocorra a prevalência dos princípios nela contidos sobre normas elaboradas em outro século. Apelação provida, para autorizar o cancelamento de cláusula de restrição. ²⁸

Também o Tribunal de Justiça mineiro adotou semelhante posicionamento:

Testamento. Cláusula de incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade. Invalidação. Possibilidade. - Tendo decorrido mais de vinte

25 Código Civil de 1916.

26 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Quinta Câmara Cível. Apelação Cível nº 585046790. Relator: Des. Sérgio Pilla da Silva. Julgado em: 26 nov. 1985. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>.

27 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível nº 70003128204. Relator: Des. Alfredo Guilherme Englert. Julgado em: 13 mar. 2003. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>.

28 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível nº 70002609295. Relator: Des. José Carlos Teixeira Giorgis. Julgado em: 06 jun. 2001. *Revista Informatizada de Jurisprudência Jurisplenum*, v. 71, n. 1, maio/jun. 2003.

*e cinco anos da abertura do testamento, e cessados todos os motivos da instituição da cláusula, pode a restrição ser abrandada, não só pelo contexto factual em que se encontra inserida, mas também em virtude da aplicação dos vários princípios que o sistema normativo encerra, os quais se amoldam ao caso. Recurso provido. Decisão reformada.*²⁹

A tendência ilustrada pelas ementas reproduzidas acima dificilmente será revertida pela redação conferida ao art. 1.848 do novo Código Civil, que reiterou a permissão de livre imposição de cláusulas restritivas sobre a quota hereditária disponível. Melhor seria condicionar toda e qualquer clausulação de bens transmitidos hereditariamente à existência de “justa causa”,³⁰ obrigando que o gravame tanto sobre os bens integrantes da legítima quanto sobre os que compõem a quota disponível fosse justificado com base em razões plausíveis para que possa subsistir (ter eficácia) contra a vontade do sucessor que pela clausulação teria seus bens atingidos.

Quanto à indeterminação da expressão “justa causa”,³¹ embora exija maior esforço interpretativo por parte do juiz, não nos parece seja inadequada ou excessivamente ampla, pois permite uma análise mais profunda em relação à finalidade das cláusulas, impedindo sejam as mesmas utilizadas de forma arbitrária pelo testador (ao menos no que diz com os gravames impostos sobre a legítima) e incompatível com o objetivo visado pela lei. Além disso, concede maior flexibilidade ao instituto, possibilitando ao juiz considerar de forma mais intensa os fatos concretos que a justificariam e a real utilidade do gravame.

Obviamente, a prova da “justa causa” em juízo não poderá ser oferecida pelo testador,³² dependendo da atuação de terceiro após a morte daquele. Considerando que muitas vezes a prova das alegações justificadoras da imposição das cláusulas encontra-se em poder dos próprios herdeiros necessários atingidos, não vemos outra solução exceto atribuir a estes últimos o ônus de provar que as razões mencionadas pelo testador não são verdadeiras.

29 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Quarta Câmara Cível. Apelação Cível nº 000.214.085-3/00. Relator: Des. Bady Curi. Julgado em: 07 abr. 2002. unânime. *Revista Informatizada de Jurisprudência Jurisplenum*, v 71, n. 1, maio/jun. 2003.

30 Excetuando-se apenas a cláusula de incomunicabilidade, conforme o Projeto de Lei 6.960, pois a justificativa de tal restrição pode, muitas vezes, tornar conturbado um relacionamento conjugal até então tranqüilo.

31 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 324-328.

32 Salvo documentos comprobatórios da causa justificadora do gravame, que poderão ser guardados pelos testador, mas não poderão ser por ele apresentados após seu passamento. Mesmo essa prova documental produzida com antecedência dependerá da “boa vontade” de alguém, que terá de levá-la ao conhecimento do juiz.

Considerando que a imposição dos gravames de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade derivam de circunstâncias muitas vezes diversas,³³ oportuno lembrar sobre a possibilidade de o testador instituir equivocadamente uma dessas cláusulas, oferecendo motivação que apenas seria suficiente para justificar outro desses gravames. Entendemos, a princípio, que o juiz não pode determinar a imposição de cláusula diferente da prevista pelo autor da herança (por exemplo, trocar cláusula de incomunicabilidade por impenhorabilidade), exceto quando o gravame referido pelo testador consistir em restrição simplesmente mais ampla do que aquela que se poderia aplicar em razão dos motivos expostos na manifestação de última vontade. É o caso da inalienabilidade, que segundo expressa disposição legal,³⁴ abrange a impenhorabilidade e a incomunicabilidade dos bens, pois nessa hipótese há uma relação de continência. Se o testador estabelecer a inalienabilidade porque o cônjuge de sua filha é pessoa sabidamente infeliz nos negócios, caberia, então, a “redução” do gravame, restando apenas a incomunicabilidade sobre os bens.

Por fim, entendemos que a expressão “justa causa” possui dois significados diferentes. No *caput* do art. 1.848 do novo Código Civil, a expressão é utilizada para designar os motivos capazes de ensejar a clausulação. O significado conferido a essa expressão no § 2º do mesmo dispositivo é outro: aqui se trata de simples “justa causa para a alienação e posterior sub-rogação”, isto é, para a substituição dos bens gravados. Parece claro que a última “justa causa” referida em nada se identifica com a primeira. Por exemplo: as precárias condições em que se encontra o imóvel gravado e a impossibilidade de reformá-lo justificam a alienação do bem, convertendo-se o produto da venda em outros que ficariam sub-rogados nos ônus dos primeiros; não justifica, todavia, o completo levantamento do gravame se o herdeiro continua com tendência à dilapidação do patrimônio. A modificação dessa característica desabonadora do sucessor (ou seja, sua “regeneração”), isto sim, justificaria o integral cancelamento da cláusula de inalienabilidade, hipótese em que sequer seria possível determinar a conversão do produto da venda em outros bens e posterior sub-rogação nos gravames.

33 Poderíamos mencionar como hipóteses clássicas justificadoras de cada uma dessas cláusulas: a) em relação à inalienabilidade, a tendência à dilapidação do patrimônio ou, em casos mais graves, a própria prodigalidade em sentido menos amplo; b) quanto à impenhorabilidade, a difícil situação econômico-financeira do sucessor, que tem o patrimônio em grande parte comprometido por dívidas; c) a incomunicabilidade, por sua vez, geralmente é motivada pelas características desabonadoras do cônjuge do herdeiro, ou mesmo pela circunstância de o casamento estar em situação periclitante.

34 Art. 1.911 do novo Código Civil brasileiro.

6. CONCLUSÃO

A história dá conta, portanto, que a fixação da quota indisponível do patrimônio foi objeto de lenta e gradual evolução, partindo de dois extremos radicalmente opostos. No direito germânico, partiu-se da idéia de que não havia liberdade para testar em favor de pessoa estranha à família. No direito romano, ao contrário, inicialmente era conferida ampla liberdade ao testador para dispor de seus bens da forma como melhor lhe aprouvesse. Essas posições iniciais extremadas foram recebendo o devido temperamento ao longo dos séculos, chegando-se atualmente a um modelo intermediário: admite-se ampla liberdade de dispor de certa quota do patrimônio, mas também é garantida a participação dos reservatários sobre uma fração ideal da herança, da qual não poderão ser afastados, exceto se incorrerem em alguma das gravíssimas causas ensejadoras de deserção ou indignidade.

A quota indisponível, no direito brasileiro, corresponde à metade do acervo hereditário. A essa porção dá-se o nome de legítima, no sentido de “reserva intangível fixada em favor dos herdeiros necessários”.

Considerando que a garantia da legítima também se faz presente em relação a atos de liberalidade *inter vivos*, através dos quais poderia ser violada a reserva estabelecida, o legislador previu a impossibilidade de doar parcela do patrimônio superior ao que naquele momento poderia ser objeto de disposição testamentária. Além disso, determinou que certos herdeiros neces-

sários colacionassem os bens recebidos do testador por ato *inter vivos*, como forma de igualar os quinhões desses sucessores, presumindo a lei que, na falta de referência expressa do doador, não quisesse atribuir vantagem a um desses herdeiros em prejuízo dos demais, e sim estivesse concedendo mera antecipação da legítima.

A garantia em pauta, todavia, é puramente quantitativa, já que ao testador é facultado instituir legados e doar bens certos durante sua vida, através do que pode escolher os bens que integrarão a legítima. Somente lhe é vedado dispor de bens cuja soma de valores supere a metade do seu patrimônio. Porém, essa limitação à liberdade do testador somente ocorre quando o mesmo possuir herdeiros necessários.

O critério utilizado tradicionalmente para calcular a parte indisponível causa estranheza sob dois aspectos: a) por admitir uma metade reservada maior que a metade disponível (o que contraria a lógica, ou no mínimo consiste em imprecisão), uma vez que o valor dos bens colacionados será computado ao calcular-se a primeira, sem contudo aumentar a segunda; b) pela injustiça causada em função de tomar-se como parte disponível do patrimônio apenas a metade dos bens existentes no momento da morte, sem considerar os bens antecipadamente transmitidos aos sucessores necessários. Considerando que a antecipação da legítima já constitui uma vantagem em favor dos herdeiros necessários, parece-nos injusto restringir a liberdade de disposição do testador apenas à metade dos bens existentes

na data de abertura da sucessão, isso quando parte do patrimônio já houver sido transmitida anteriormente aos próprios reservatários.

Quando as disposições testamentárias violarem a legítima, será necessário reduzi-las, preservando os direitos assegurados aos reservatários. Em função da proibição de aceitar ou renunciar a herança apenas em parte, deve-se considerar que existe uma transmissão patrimonial do herdeiro necessário em favor do beneficiado pelo testamento sempre que o primeiro renuncia ao direito de ver preservada a quota indisponível, pois considera-se que aceitou a herança integralmente e cedeu parte dela ao abdicar do mínimo assegurado pela lei (reserva).

Quanto ao rol dos herdeiros necessários, o novo Código Civil incluiu entre os mesmos o cônjuge sobrevivente, desde que não separado judicialmente do falecido, nem separado de fato há mais de dois anos, exceto, neste caso, se comprovar que a convivência se tornou impossível sem culpa sua.

O companheiro estável, de outra parte, não pode ser considerado herdeiro reservatário segundo a legislação vigente, já que não mencionado no art. 1.845 do novo Código. Para que companheiro fosse elevado a essa condição seriam indispensáveis significativas mudanças em vários institutos do direito sucessório, pois, caso contrário, a ele seria dispensado tratamento diferente e mais benéfico se comparado ao cônjuge.

Tendo o legislador de 2002 estabelecido a concorrência sucessória entre os descendentes e o cônjuge supérstite

quando atendidas determinadas circunstâncias, foi necessário adaptar os dispositivos referentes à colação e à doação em antecipação de legítima. Assim, restou o cônjuge obrigado a colacionar os bens recebidos do autor da herança por doação, mas apenas quando concorrer com descendentes do mesmo. Se concorrer com ascendentes, não haverá necessidade de conferi-los.

Ainda sobre a colação, saliente-se que o Código Civil de 2002 representou imenso retrocesso no que tange ao critério pelo qual serão estimados os bens conferidos. Ao contrário do Código de Processo Civil, que determinou fossem os bens calculados pelo valor que tivessem ao tempo da abertura da sucessão (ou seja, de forma idêntica ao que ocorreria em relação ao restante do patrimônio), o novo Código Civil estabeleceu que o valor de tais bens seria aquele, certo ou estimativo, atribuído no ato da liberalidade. A atual redação merece ser revista, pois estabelece critério desigual de avaliação dos bens.

Por fim, destacou-se a existência de certas restrições que podem ser impostas pelo testador até mesmo sobre a parte indisponível do patrimônio hereditário. O novo Código Civil, porém, restringiu em grande medida a possibilidade de imposição das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima, além de proibir expressamente que o testador determinasse a conversão dos bens que a compõem em outros de espécie diversa.

Diante das disposições do Código de 2002, a clausulação imposta aos

bens da legítima somente poderá subsistir quando o testador apresentar “justa causa”, isto é, demonstrar que o gravame não prejudica o herdeiro necessário, e sim o protege. Contudo, em função de o herdeiro poder dispor

dos direitos adquiridos por herança, lhe será facultado anuir com o gravame imposto, não podendo o juiz proceder ao levantamento dos mesmos *ex officio*, sob pena de violar a natureza disponível de tais direitos.

REFERÊNCIAS

- CALLIOLI, Eugênio Carlos. Cláusulas restritivas: inalienabilidade, impenhorabilidade, incomunicabilidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 627, p. 69-82, 1988.
- CRIBARI, Giovanni. Sucessão testamentária – Herdeiros necessários – Força da legítima – Doação em vida: limites – Ações de empresa familiar holding: sobrevalor. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 331, p. 185/195, 1995.
- D'AVANZO, Walter. *Delle successioni*. Firenze: G. Barbèra, 1941. v. 2.
- FERREIRA, Luís Pinto. *Tratado das heranças e dos testamentos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- GOMES, Orlando. *Sucessões*. 7. ed. atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- JOSSERAND, Louis. *Derecho civil*. Buenos Aires: Bosch, 1951. v. 3, t. 2, revisado e completado por André Brun, traduzido para o espanhol por Santiago Cunchillos y Manterola.
- LACERDA, Galeno Vellinho. *Sucessões e partilhas*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 4.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 21.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. Cláusulas restritivas nas disposições testamentárias. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 482, p. 29-40, dez. 1975.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MELO, Luiz Pereira de. Dos herdeiros necessários. *Jurisprudência e Doutrina*, Fortaleza, v. 91, p. 23/28, 1973.
- MIRANDA, Darcy Arruda. Da “legítima” na sucessão testamentária. *Revista Trimestral de Direito Privado*, São Paulo, v. 1, p. 149-158, 1970.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968. v. 55. v. 56.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito das sucessões*. 25ª ed. atual. por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. v. 16 v. 24.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- WALD, Arnoldo. *Direito das sucessões*. 12. ed. rev., ampl. e atual., com a colaboração do Prof. Roberto Rosas e da Profa. Débora Gozzo. São Paulo: Saraiva, 2002.

O Direito Econômico e o Direito Empresarial

Peter Walter Ashton*

É propósito deste artigo analisar os princípios básicos que informam o Direito Econômico bem como o Direito Empresarial nele contido. Muitas faculdades de Direito rebatizaram o antigo Direito Comercial de Direito Empresarial, mudando e adaptando seus currículos, sem que tivesse havido uma informação mais detalhada a respeito das importantes diferenças que a nosso ver existem, ou melhor, passaram a existir entre o conteúdo do antigo Direito Comercial, influenciado pela teoria objetiva (atos de comércio) do Código Napoleônico de 1807 e o novo Direito Empresarial que é lecionado, não somente na graduação do curso de Direito, mas também na pós-graduação de Direito, geralmente sob o título Curso de Especialização de Direito Empresarial, pós-graduação *lato sensu*.

Antes de adentrarmos numa análise do Direito Econômico, que abrange o

Direito Empresarial, convém informar o leitor que ao fazer essa análise nós nos inclinamos a utilizar obras jurídicas de autores europeus, particularmente alemães, cujas análises nos pareceram especialmente claras, analíticas, sistemáticas e doutrinariamente muito bem embasadas. Essa nossa opção até surpreendeu a nós mesmos, pois nosso mestrado em Direito Empresarial (Sociedades por Ações, Mercado de Capitais e Mercado Financeiro, Associações em geral e Sociedades de Pessoas, além de instrumentos contratuais societários) foi cursado e obtido, com defesa de tese, nos Estados Unidos, portanto num sistema jurídico anglo-saxônico e não continental como o alemão. No entanto tudo o que nós estudamos, há quarenta e cinco anos atrás, por ocasião do nosso mestrado, era prática e exclusivamente *case law* com pouquíssima doutrina, predominando sempre a jurisprudência

* Professor titular aposentado, ex-diretor, docente do PPG de Direito da UFRGS.

dos tribunais superiores americanos que tinha que ser exaustivamente estudada e interpretada. Não era adotado portanto um manual ou curso de Direito Econômico. Ainda em fins da década dos anos 80 o direito anglo-americano mantinha, doutrinariamente, um nítido distanciamento relativamente à discussão a respeito da natureza jurídica do Direito Econômico visto de um ponto-de-vista sistemático, posição completamente diferenciada relativamente ao direito continental europeu, particularmente o alemão. É esta razão pela qual nos decidimos de abordar a temática a partir dos escritos dos juristas alemães, já que didaticamente é relativamente mais fácil analisar a doutrina alemã a respeito do tema, do que adentrar, por exemplo, na sistemática do *case law* americano.

Outro motivo que nos levou a pesquisar o direito econômico alemão é a sua evolução, particularmente interessante, pois passou por vários estágios, como veremos mais adiante no texto, beirando no início do século 20, um talvez catastrófico mergulho, no comunismo, com uma economia totalmente planejada e com exclusão da propriedade privada, para, a partir de 1949, decolar com Ludwig Erhard para uma economia de mercado com responsabilidade social, situação que perdura até a atualidade.

Isto posto, passamos a eleger, entre os vários doutrinadores de Direito Econômico alemães, aquele que nos pareceu mais objetivo e mais indicado para o propósito deste artigo, que afinal de contas se destina, principalmente para

ser lido por alunos da graduação e eventualmente da pós-graduação.

Não são muitos os doutrinadores alemães que se dedicaram ao tema do Direito Econômico. Dentre eles escolhemos Fritz Rittner que a nosso ver é o mais didático e menos abstruso na análise do tema que apresenta no seu *Grande Manual de Ensino do Direito Econômico*, 2ª ed., publicado pela Editora C.F. Muller de Heidelberg.

Desde já deixamos claro que apenas pretendemos levar ao conhecimento dos nossos alunos do passado, presente e futuro o que é o Direito Econômico, como no seu contexto se situa o Direito Empresarial, disciplina mais vasta e mais moderna do que o antigo Direito Comercial e já não mais tão privatística, mas profundamente influenciada pelo Direito do Estado, tudo isso pela simples razão que tudo que diz respeito à Economia de um país interessa muito de perto ao Estado pelos mais diversos motivos, como veremos mais adiante. Portanto, quando se estuda qualquer uma das disciplinas do Direito Empresarial, sempre deve se levar em conta, mesmo que isso pareça um incômodo, a presença do Estado.

Por termos optado pela leitura da obra de Rittner, é evidente que boa parte do que passaremos a expor é daquele autor, já que, declaradamente, passamos a absorver e reproduzir os pensamentos e as afirmativas, daquele doutrinador alemão. Por isso, não temos a pretensão de sermos originais, mas apenas a transmitir ao leitor, de forma resumida, entre outras, as lições do professor Rittner.

SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DO DIREITO ECONÔMICO NA ALEMANHA

Indagações a respeito de um “moderno Direito Econômico” iniciam na Alemanha no albor do século 20. No entanto, até hoje, inexiste uma resposta aceita pela generalidade da doutrina. Daí, convém, primeiramente examinar a evolução histórica do direito econômico, para, somente, após, formular a pergunta jurídico-sistemática sobre a configuração do mesmo.

O sistema jurídico alemão que provinha do século 19, desconhecia o Direito Econômico. Todo direito estava contido em duas grandes áreas: o Direito Privado e o Direito Público. Ambos os ramos tinham-se desenvolvido enormemente e produzido institutos que até hoje permanecem. No Direito Privado as grandes codificações fundamentadas no direito das pandectas, e no Direito Público, partes significativas do Direito Constitucional e Administrativo já pertencentes a um Estado de Direito. A vida econômica, no século 19, mudara extraordinariamente, no entanto, estas modificações não se refletiram na sistemática jurídica. Ocorre que o “labutar na economia” (*Das Wirtschaften*) era prerrogativa do indivíduo e portanto regulava-se segundo normas do Direito Privado. O Estado não se interessava muito “pelo labutar na economia” e, desde que introduzira, em 1869, para a Liga Alemã do Norte a liberdade profissional, apenas tratava de assuntos econômicos em decorrência de razões policiais e milita-

res. O abandono do “estado de apadriñamento social principesco” do século 18, que fora sugerido principalmente por Kant foi definitivo, muito embora nem todos os ensinamentos de Kant em matéria de “Prática do Estado” e “Teoria do Estado” tivessem sido seguidos.

A indústria alemã que no decorrer da segunda metade do século 19 ganhou cada vez mais importância, criara problemas jurídicos para os quais o Direito da época, o legislador de então e os juízes não tinham nem respostas nem soluções.

Tal estado de coisas forçou o estado alemão, nos anos oitenta do século 19 a voltar a interferir com mais força na economia, tanto do ponto de vista legislativo quanto do ponto de vista de atividade empresarial própria, do estado. Estas interferências do estado alemão na economia, foram muitas e de naturezas diversas, mas ainda não baseadas em uma idéia pré-concebida, que pudesse ou devesse tomar o lugar do liberalismo econômico então vigente.

A ciência jurídica alemã teve dificuldades para enquadrar, sistematicamente, as novas formulações econômico-jurídicas. O sistema jurídico tradicional tinha alcançado, na mente dos cidadãos do século 19, uma característica atemporal, algo perfeito e acabado. Tudo que não se adaptasse à tradição da ciência jurídica de então, era considerado de caráter apenas transitório, fenômeno de manifestação apenas momentânea e portanto passageiro.

Que este posicionamento não era sustentável e suficiente, foi reconhecido,

como um dos primeiros doutrinadores da área, por Heinrich Lehmann. Em artigo comemorativo para Zitelman (1913) lançou as “Linhas Básicas para um Direito Industrial Alemão”. Foco central da obra era a “empresa industrial”. Todavia o seu enfoque era mais sócio-econômico do que considerar o fenômeno como uma grandeza jurídico-sistemática. Portanto o seu “Direito Industrial” ainda não é direito econômico e por isso ainda se situa fora dos contornos do sistema (de direito econômico) atual. A obra de Lehmann apenas sistematiza as novas normas (matéria jurídico-econômica) e os novos problemas jurídicos da empresa industrial, além de fornecer um conceito firme da nova área.

O DIREITO ECONÔMICO DE GUERRA - 1914-1918

O Direito Econômico que surgiu durante a Primeira Guerra mundial passou a questionar o sistema jurídico tradicional de um ponto de vista diferente. O estado passou a interferir profundamente nos processos econômicos e nas empresas, com medidas mais ou menos planejadas, a ponto de passar a administrar os recursos nacionais alemães praticamente sozinho.

“Lei Autorizadora” (*Ermächtigungsgesetz*) de 04/08/1914 outorgou ao Conselho Federal um poder de legislar praticamente sem limites. Com base nesta lei, passaram a ser outorgadas todas as resoluções e regulamentos ou comunicados da época que criavam uma total

administração estatal da economia alemã, abrangendo todos os bens, instituindo o controle dos preços, a criação de grande número de autoridades e organizações tais como sociedades por ações de guerra, sindicatos coativos, etc., além de baixar normas penais que deveriam dar ao todo certa segurança. A essa primeira tentativa de criar uma direção central da economia alemã (dirigismo centralizado) faltava ainda uma conceituação, pois tudo era considerado medida de emergência transitória. Consequência disso foi o surgimento de um labirinto de organizações criadas e dirigidas pelo Estado. O marco final dessa situação, foi a administração estatal total de uma penúria total de recursos. A propriedade privada e com ela a ordem jurídica privada, foram de tal forma sobrepostas por uma “ordem coativa de distribuição”, a ponto de apenas restar o que pode ser chamado de propriedade comum.

Neste estágio de emergência em decorrência da guerra, o Estado alemão tinha assumido a responsabilidade pela economia e ainda a obrigação de abastecer suficientemente seus cidadãos com bens escassos. Ocorreu então na população alemã uma mudança quanto à percepção da consciência jurídica. Outra consequência do direito econômico de guerra, foi a constatação, a experiência, que uma direção central da economia coloca problemas extremamente difíceis senão insolúveis. Por isso o programa pós-guerra do desmonte dos instrumentos coativos da economia foi apoiado praticamente por todos.

Todavia a responsabilidade pela moeda ficou sendo definitivamente do Estado.

A economia livre mundial e a validade internacional do ouro, tiveram que ceder seu lugar às políticas cambiais e econômicas dos estados individuais sem que houvesse qualquer perspectiva de um sistema alternativo.

Estas profundas mudanças na economia mundial e de cada estado forçaram definitivamente que a ciência do direito passasse a confrontar-se de uma vez por todas com a questão do direito econômico.

A matéria jurídica nova que desde o início da Guerra Mundial de 1914 fora produzida, era tão vasta que praticamente não podia ser abrangida. Somente a tarefa de sistematização já era uma tarefa hercúlea. Alguns autores da época (Kahn, Nussbaum, Heymann) aceitaram o desafio da sistematização dessas novas normas, mas também nas suas obras ficava patente que o novo direito industrial ou empresarial alemão ou o novo direito econômico alemão era um corpo estranho em relação ao sistema ou ordem jurídica tradicional.

A REPÚBLICA DE WEIMAR

Sobrevém a Constituição do Império de Weimar que na parte dos direitos fundamentais (2ª parte principal, seção 5) contém o título “A vida econômica” (Arts. 151-165).

O título inicia com as seguintes frases programáticas:

“O ordenamento da vida econômica deve corresponder aos princípios

básicos da Justiça com a finalidade de garantir para todos uma existência digna para um ser humano. Dentro destes limites deve ser garantida a liberdade econômica de cada cidadão.”

Com este mandamento constitucional, o Estado alemão tinha assumido uma responsabilidade abrangente para um correto ordenamento da vida econômica. Algumas linhas básicas deste correto ordenamento encontravam-se lançadas na Constituição de Weimar, embora de caráter um tanto contraditório e certamente não como modelo fechado. A reintrodução da propriedade privada e com isso a reafirmação da ordem jus-privatística, como existiam antes de 1914 era provavelmente prevista pela Constituição de Weimar lendo-se a frase programática acima reproduzida. Mas havia dúvidas e discussões a respeito do grau de importância que a propriedade privada e a ordem jus-privatística deveriam ocupar. Ocorre que tanto a socialização quanto a economia em comum e a democracia econômica eram idéias que também apelavam para a mesma constituição.

Os planos de socialização que após a revolução de 1918 passavam a ter um forte peso político, sem dúvida enfraqueceram e se retraíram cedendo lugar a empreendimentos de natureza de economia comum (*Gemeinwirtschaftliche Vorhaben*). Mas também esses somente foram implantados na exploração do carvão e do carbonato de potássio, sendo que ambos os ramos/atividades econômicas passaram às mãos de sindicatos coativos (Constituição de Weimar art. 156, alínea 2).

O Conselho Econômico do Império, da Constituição de Weimar, não teve muito sucesso. Iniciou provisoriamente suas funções em 1920 e teve a sua última sessão plenária em 29.06.1923.

Efeitos muito maiores e mais duradouros, derivaram do novo ordenamento do direito do trabalho. Em 1918 foi introduzida a regulamentação a respeito do contrato tarifário, que fez surgir a introdução da sistemática dos contratos tarifários no mesmo ano, bem como a implantação dos Conselhos empresariais, por força da lei de mesmo nome do ano de 1920.

Estas medidas não apenas preservaram as condições básicas de uma economia livre, mas foram complementadas de forma especialmente importante do ponto de vista do direito econômico, pela Lei “contra o mau uso do poder econômico” ou “Abuso de uma posição de dominação econômica”, lei essa de 02.11.1923.

O diploma legal foi promulgado pelo governo do Reich, na fase final, cheia de crises, do processo inflacionário, tendo sido considerado uma lei de emergência destinada a afastar manifestações econômicas doentes que entravavam a livre concorrência. Os cartéis todavia não foram proibidos, mas postos sob a supervisão do Ministro da Economia do Reich, bem como do Tribunal dos Cartéis.

Muito mais influentes sobre a economia alemã que as medidas legais mencionadas, foram as tremendas exigências financeiras do Estado. As grandes obrigações/tarefas que o Esta-

do tinha assumido, exigiam enormes recursos. A tudo isso acresciam as exigências de reparações (dos países vencedores da 1ª Guerra Mundial) e outras conseqüências/compromissos monetários derivados da Guerra. O Reich criou por isso para si uma “Administração das Finanças do Reich” e uma Lei Reguladora das Obrigações Fiscais (1919). Criou ainda, um sistema tributário próprio que resultou definitivamente no ano de 1925 nas Leis Tributárias do Reich. A conseqüência de direito econômico de tudo isso foi que a participação do Estado no produto social aumentou significativamente causando ainda uma significativa influência do Estado sobre todos os processos econômicos.

Também para a empresa individual o peso dos impostos, a carga tributária, passou a assumir uma importância respeitável, influenciando as possibilidades de comportamento da empresa, o que possibilitou a *contrario sensu* ao Estado, dirigir de certo modo a postura das empresas através do conjunto das leis tributárias. O ministro das Finanças do Reich passou a ser conhecido como o ministro da socialização.

O primeiro teste dos instrumentos estatais de direção da economia alemã, então existentes, ocorreu durante o desenrolar da crise econômica mundial do ano de 1930. O direito emergencial já existente, com base no artigo 48 da Constituição da República de Weimar (VWR) possibilitou uma expansão legal adicional com o fito de controlar o crédito. Surge então o controle de crédito em 1931.

Durante a curta duração da República de Weimar não se formou na Alemanha um direito econômico razoavelmente autônomo. As “teorias de conjunto” formuladas por Kahn, Nussbaum e Heymann perderam importância. Novas interpretações do direito econômico eram de cunho jurídico-teórico, metodológico, ou jurídico-político, não tão sistemáticas, que lhes rendem o rótulo “teorias de visão mundial”. Resultou, que no fim da RW a questão de uma definição global do Direito Econômico continuava aberta, embora já mais tempo existissem institutos e professorados que tratassem da matéria, além do que o direito econômico já era área de formulação de provas em muitos estados alemães. Além disso a associação de juristas alemães (*Deutscher Juristentag*), fundada em 1921, já tinha um departamento dedicado ao Direito Econômico e ao Direito Tributário.

A ÉPOCA DO NACIONAL-SOCIALISMO E A SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

O regime nacional-socialista (nazista) subjugou com rapidez surpreendente, bem como com atos conseqüentes o direito econômico, submetendo-o à sua direção ditatorial. Já em data de 15 de julho de 1933 foi publicada a Lei da Cartelização Forçada, que outorgou ao ministro da Economia do Reich poderes amplíssimos de interferência na economia. Em pouco tempo este ministério, fazendo uso dos poderes outorgados, formulou ordens regulatórias

de mercado para determinados setores da economia.

A partir do ano de 1934 o ministro da Economia do Reich recebeu poderes de coação em relação às federações econômicas: tinha poderes para criá-las, dissolvê-las, preservá-las, alterar os seus estatutos, nomear e demitir os *Führer* (dirigentes) e outros poderes mais. Também para a agropecuária foram baixados regulamentos similares às vezes mais abrangentes ainda.

A economia alemã passou a ser dirigida com os pré-citados instrumentos e outros mais, além de ser introduzido um duro controle de divisas (moedas estrangeiras) o que passou a criar uma economia fechada, alheia aos mercados estrangeiros. A economia como um todo, passou a ser programada para o rearmamento.

Para coibir aumentos de preço que surgiam apesar do dirigismo estatal, introduziu-se em 1936 uma proibição geral de aumento de salários. As idéias de uma economia popular dirigida conforme planos estabelecidos e controlados pela sociedade, que já tinha sido cogitada na Constituição de Weimar transformaram-se em uma idéia da formação de uma economia em comum popular que se inspirava no programa de Fichte que falava de um “Estado Mercantil Fechado”, idéia que datava de 1800.

Com a eclosão da Guerra (1939) passou a ser ordenada uma administração econômica dos bens necessários à vida do cidadão e dos bens importantes para o esforço de guerra que com o

tempo todavia se espalhou qual avalanche por todos os setores da economia como já acontecera durante a 1ª Guerra Mundial. Na medida em que o Estado alemão, distribuidor de bens, passou a dominar todos os setores da economia sempre utilizando os instrumentos de dirigismo criados em 1933 e cada vez mais aperfeiçoados, o Estado se tornava cada vez mais incapaz de resolver o problema a respeito dos padrões de distribuição a serem utilizados. Já que o “Princípio da quota por cabeça”, da absoluta igualdade, não funcionara durante a 1ª Guerra Mundial e se mostrara injusto, passaram a ser utilizados padrões de distribuição diversificados, tais como: fatores de necessidade pessoal, valoração com base em méritos por serviços prestados para a comunidade ou então padrões de valoração política e social, além de outros. Mas nenhum desses padrões e também nenhuma combinação de padrões se revelava satisfatório. Sobrecarregada a distribuição direta, a burocracia estatal passou a ser excessivamente solicitada, o que, como já acontecera antes, também sobrecarregou o legislador eis que este constatou ser incapaz de encontrar princípios básicos corretos de distribuição de bens à população.

Os ataques do nacional-socialismo ao sistema jurídico tradicional e às concepções até então elaboradas do direito econômico, avivaram na Alemanha a discussão científica sobre o direito econômico, inclusive tornando-a mais precisa e focada. Pela primeira

vez as bases do sistema jurídico tradicional eram questionadas. Principalmente o direito privado, no que tange à sua substância, era ameaçado. Para defendê-lo e juntamente com estas medidas de defesa, defender também a liberdade do indivíduo de formatar a sua autonomia privada, era necessário conceituá-lo com muito mais precisão, do que até então fora feito, no contexto de toda ordem jurídica. No entanto, dadas as circunstâncias, as questões fundamentais permaneciam controvertidas, o que teve como consequência que a sistematização não conseguiu passar de uma mera composição *jus-positiva*.

OS PRIMEIROS ANOS PÓS-GUERRA

Finda a guerra, o poder estatal da Alemanha foi dissolvido. No entanto as medidas (nazistas) de controle da economia foram mantidas e até mesmo agravadas, em virtude do aumento da escassez de tudo, em decorrência do arbítrio das autoridades das forças de ocupação e dos chefes alemães locais mantidos no poder.

O ordenamento estatal alemão futuro era incerto quanto mais a ordem econômica. Os aliados passaram a dissolver e liquidar a organização nazista da economia que ainda existia ao menos formalmente. Tais medidas correspondiam ao que fora pactuado em Potsdam a 02 de agosto de 1945, acordo que na sua parte II, art. 12 estabelecia:

“No espaço de tempo mais curto possível a vida econômica alemã deverá

ser descentralizada, com o objetivo de destruir a excessiva concentração do poder econômico, representada especialmente por cartéis, sindicatos, trustes e outras formas de união monopolística”.

Com base neste programa, parte substancial das instalações industriais alemãs foram desmontadas. Alguns ramos da economia: mineração, a indústria do ferro e do aço, a *Ig Farben*, os grandes bancos e a UFA (cinema) foram expropriados, para serem mais tarde segmentados ou liquidados. A liberdade de exercer uma profissão foi reintroduzida com ênfase especial na zona de ocupação americana.

Uma regulamentação geral primeira, que mais tarde se converteria no novo direito alemão, em um dos normativos mais importantes, era a que proibia as limitações da livre concorrência. Era a Lei nº 78 e Regulamento nº 56 das autoridades americanas e britânicas que dispunham sobre: *Prohibition of Excessive Concentration of German Economic Power*.

A discussão a respeito da economia alemã, entre os alemães daquele tempo (1946/1947) vinculava-se aos tempos da Constituição da República de Weimar e a grande maioria dos cientistas, juristas e economistas via nos programas daquela constituição, que nunca foram aplicados, programas tais como: socialização, economia comunitária, democracia econômica, planejamento estatal e direcionamento central da economia, marcos indicadores de caminhos futuros. A prova desta orientação encontra-se na redação de algumas antigas constituições estaduais.

A virada de orientação, que trouxe um ideário de princípios de direito econômico completamente diferente, ocorre, quando na área econômica composta pelas zonas de ocupação inglesa e americana, passou a ser possível desenvolver uma política econômica própria, alemã. Em 1948, Ludwig Erhard, como diretor da administração alemã da economia, resolveu adotar e introduzir uma política econômica de livre mercado. No dia seguinte à reforma monetária (20 de junho de 1948), Erhard anunciou, contra a vontade das forças de ocupação, o levantamento paulatino da economia forçada. A Lei sobre os princípios norteadores do desempenho da economia alemã e da política de preços, passou a formular a futura política econômica alemã, que pouco tempo depois passou a ser chamada de política livre de mercado e social. O sucesso desta decisão, que perdura até hoje, baseia-se na vivência e experiência da população alemã do mau uso da força estatal e da necessidade de impor limites a este poder estatal, bem como, do desejo de formular e moldar, por iniciativa própria, a sua vida e a vida comunitária, sem olvidar, com certeza, as responsabilidades sociais.

Por estes motivos a política econômica de Erhard teve uma influência indicadora de rumo no início da República Federal Alemã, muito embora os partidos políticos daquela época, tivessem, em parte, dificuldade em abandonar as idéias de uma economia comunitária ou de trilhar uma terceira via entre a economia de mercado e o socialismo.

A EVOLUÇÃO DO DIREITO ECONÔMICO NA ALEMANHA A PARTIR DE 1949

Após curto período de duração, a República Federal da Alemanha desenvolveu uma ordem jurídico-econômica bastante estável e capaz de atuar, aceita pela maioria da população alemã.

A ordem não é nem estática nem doutrinária, pois permite à formatação (*Gestaltung*) político-econômica amplo espaço, espaço esse que durante anos não utilizou nem precisou utilizar. Embora a Constituição Alemã claramente deixou de fixar regras básicas para o Direito Econômico, não há dúvida que fixou limites marcantes: através da proteção do indivíduo e das suas possibilidades de desenvolvimento frente ao Estado, além da clara adoção de um Estado de Direito com cunho social.

A ordem econômica da República Federal da Alemanha redescobriu a propriedade privada e a autonomia privada sem descuidar dos deveres de um estado social. Uma expansão do direito do trabalho e da legislação social, nivelou fortemente as diferenças de classes, que já tinham diminuído no tempo do nacional-socialismo e durante a Guerra. Sindicatos com lideranças fortes e conscientes da sua responsabilidade política contribuíram significativamente para a eliminação das diferenças de classes.

No ano de 1957, o Governo Alemão editou a “Lei contra Limitações da Livre Concorrência”, considerada uma legislação nuclear do novo direito econômico

alemão. Esta lei se aplica apenas parcialmente a amplos setores da economia alemã, no entanto, mesmo assim, teve o efeito de encaminhar toda economia para a livre concorrência. Muito embora a livre iniciativa voltasse a desempenhar papel importante na economia alemã, a parcela da participação estatal no produto interno bruto (PIB) continuou sendo significativa e em virtude disso permaneceu forte a influência do Estado e das corporações regionais sobre toda economia alemã, inclusive influenciando o comportamento tanto dos empresários quanto dos consumidores.

Para regulamentar os efeitos da política financeira sobre todo desenvolvimento econômico, e para implementar, além disso, uma otimização deste desenvolvimento, promulgou-se em 08 de julho de 1967 a “Lei para a Incentivação da Estabilidade e do Crescimento da Economia”, alterando-se através de emendas a Constituição Alemã para assim criar as bases constitucionais para estas medidas.

De acordo com estas novas regras, tanto a federação quanto os Estados alemães, têm a obrigação de elaborar e enquadrar suas medidas/leis de natureza econômica e político-financeira de tal maneira que dentro do arcabouço geral da “Ordem Econômica de Mercado” contribuem à (1) estabilidade dos preços a uma (2) alta quota de postos de trabalho (empregos) a um (3) equilíbrio da economia em relação ao exterior sempre colaborando no sentido de um (4) crescimento sustentável da

economia alemã. Este quadrado mágico determina, portanto, a política econômica dos governos federais alemães, independentemente da sua composição político-partidária.

Uma discussão jurídico-política sobre questões fundamentais do direito econômico alemão, apenas iniciou no fim da década dos anos 60, embora a legislação existente fosse atualizada e expandida. Assim por exemplo: as reformas dos anos 65, 73, 76 e 80 da Lei contra restrições à livre concorrência, e também da lei concernente ao estatuto das empresas (*Betriebsverfassung*), reformada em 1972. Todavia o estatuto geral das empresas, até então existente (*Unternehmensverfassung*), foi posto em dúvida, ao menos em relação às grandes empresas e às macro empresas. Passou a exigir-se um estatuto diferenciado para estas empresas, um estatuto pluralístico para os encarregados/responsáveis pela macroempresa: (*Unternehmensträger*). Estes esforços de reforma culminaram na lei da Co-gestão (*Mitbestimmungsgesetz*) de 04 de maio de 1974 aplicável a todas as empresas (exceto sociedade em comandita. KG, sociedade aberta. OHG e algumas poucas outras sociedades) com mais de 2000 empregados e que determina uma composição paritária do Conselho Fiscal, com representantes dos empregados e acionistas ou sócios da empresa, mas que deixa a responsabilidade final com os acionistas ou sócios dando ao presidente do Conselho Fiscal um segundo voto.

Além disso, passou a exigir-se a instalação de conselhos econômicos e

sociais nas organizações/agências federais, estaduais e regionais, igualmente com representação paritária, conselhos estes que deveriam colaborar com a elaboração de legislação, com o governo propriamente dito e com a administração pública. Como estas propostas/exigências tocavam nos limites estabelecidos pela constituição alemã, em parte até ultrapassando os mesmos, recomeçou a discussão a respeito das possibilidades de formatação do legislador comum (não constitucional) em relação ao direito econômico.

O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO ECONÔMICO INTERNACIONAL E SUPRA-NACIONAL

Para a Alemanha, a abertura das fronteiras para o mundo, foi igualmente importante quanto à legislação interna de direito econômico. Há uma estreita conexão com o desenvolvimento do direito econômico internacional, durante os primeiros anos após a Segunda Guerra mundial. Os Estados Unidos da América do Norte tinham tomado a iniciativa para a organização de uma ordem econômica mundial, que deveria incentivar e possibilitar, a nível mundial, a livre concorrência na compra e venda de mercadorias, de serviços e de capitais. As experiências negativas, então ainda recentes, com o fenômeno de estados nacionais, econômica e politicamente isolados, apoiavam os esforços dos Estados Unidos, além, da sua política anti-trust tradicional. Os esfor-

ços americanos resultaram na Carta de Havana de 1948, que estava destinada a ser a lei fundamental do comércio mundial. No entanto, embora este documento jamais entrasse em vigor, o seu conteúdo principal i. e. a obrigação dos estados de não introduzir e obstar práticas comerciais limitadoras, teve um efeito duradouro para os países europeus que eram apoiados à época pelo Tratado do Plano Marshall (1948). O direito econômico antes limitado e concentrado numa visão acanhada da economia do próprio povo, expandiu-se, no sentido de tornar-se um direito econômico mundial ou um direito econômico internacional. Este processo de expansão passou a ser, inicialmente, uma tarefa política.

Um caminho alternativo para superar os limites de uma economia nacional, foi também encontrado nos anos que se seguiram à Segunda Guerra mundial: trata-se da formação e constituição de comunidades econômicas supra-nacionais. A Comunidade Européia do Carvão e do Aço (denominada *Montanunion*) que data do ano de 1951 fundada por seis estados europeus, foi a primeira. Seguiram-se a Comunidade Econômica Européia e a Comunidade Européia Atômica. As três comunidades fusionaram em 1965 os seus órgãos executivos. Em 1972 ingressaram mais três países (9) e em 1975 mais três (12), passando a contar com 12 países. Hoje já conta com 25 países.

A tarefa da Comunidade Européia de criar um espaço econômico de grande abrangência, no qual a livre concorrência (economia de mercado)

pode se desenvolver sem limitações, enfrenta naturais dificuldades pois tem que lidar com valorações e regulamentações econômicas muito diferentes, em virtude das significativas diferenças e peculiaridades existentes nos diversos países-membros. O processo de integração das diferentes economias européias progride portanto na medida em que os direitos econômicos dos países-membros se fundamentam nos princípios e valorações de uma economia de mercado.

A DISCUSSÃO CIENTÍFICA A RESPEITO DA DEFINIÇÃO DO DIREITO ECONÔMICO NA ALEMANHA

Após a Segunda Guerra mundial houve durante um longo tempo um certo descaso quanto ao questionamento sistemático do direito econômico na Alemanha, muito embora a matéria continuasse sendo objeto de provas, testes e disciplina de ensino. Outros ramos do direito passaram a ser focalizados com mais intensidade. Assim o direito econômico administrativo e o direito econômico constitucional. O primeiro foi detidamente analisado por E. R. Huber em 1954 e o segundo em 1958 por Ballerstedt e Hamann.

Apenas em 1963 apareceu a primeira análise sistemática do direito econômico alemão escrita por Gerd Rinck (5ª edição 1977). Rinck define o direito econômico como:

“O direito do direcionamento da economia” (*Wirtschaftslenkung*).

Ou então com mais detalhe:

O sistema de leis e medidas estatais destinado a dirigir, incentivar ou limitar a atividade profissional empresarial.

Outros autores também elaboraram novos conceitos sistemáticos. Assim por exemplo:

Schwark	1986
Rittner Fritz Staatslexikon	1965
Walter Schmidt Rimpler	
HDSW	1965
Rauschenbach, Gerhard	1965
Koppensteiner	1973
Mertens, Hans Joachim	1976
Reich	1977
Ch. J. Meier	1982
G. Erler	1956

(Problemas básicos do direito econômico internacional)

A obra de Wolfgang Fikentscher (1983) esforça-se a aglutinar o direito econômico alemão com o direito econômico internacional e europeu num só sistema. Já o manual de Winfried Tilmann (1986) vê o direito econômico menos como “direito” e mais como um “ramo da ciência”.

Do ponto de vista internacional outros autores têm contribuído à discussão.

Autores japoneses, sul-coreanos e países de vinculação românica (Itália, França, Espanha) têm contribuído significativamente à pesquisa e análise do direito econômico. Neste sentido consultar Schluep (1968).

Até 1987 os países da área do direito anglo-americano foram reticentes quanto à discussão do direito econômico de uma maneira sistemática.

Enquanto os esforços dos países do ocidente se concentram em superar as idéias jurídico-sistemáticas do século 19 e de se acoplar ao desenvolvimento do direito dos dias atuais e do futuro, os países da Europa Oriental, principalmente a Rússia, ainda se debatem com a questão de dar ou não dar à empresa liberdades de uma economia de mercado. Continua forte na Rússia a “Escola de Direito Econômico Administrativo” que vê as empresas como parte do aparelho administrativo do Estado. Esta problemática tem alto significado político e a tendência do Presidente Russo Putin é de dar razão a esta escola diminuindo assim as chances de se estabelecer na Rússia uma verdadeira economia de mercado.

Quanto à definição de direito econômico, especialmente seu relacionamento a outros ramos ou áreas do direito, como já dito anteriormente, não há um consenso. Alguns pesquisadores se resignam e apenas aceitam como sendo possível uma interpretação aberta do direito econômico, renunciando a uma delimitação normativa. Assim Chr. J. Meier, (1982). Contrário a este posicionamento, o prof. Fikentscher propõe a seguinte definição que, no entanto, é muito complexa:

direito econômico é aquele conjunto de normas importantes do ponto de vista do direito, que regula a liberdade

do câmbio de acréscimos/poupança e da inclusão/destinação de bens econômicos, através de princípios gerais e fundamentais, bem como por meio de intervenções globais ou especiais, a fim de garantir aos "cidadãos econômicos" uma auto-determinação equilibrada, bem como um abastecimento satisfatório, segundo os padrões de justiça econômica e dentro dos parâmetros de uma constituição econômica pré-estabelecida.

Esta definição tenta, sem dúvida, uma sistematização jurídica, mas alarga-se para uma visão problemática com acentos programáticos, pouco contribuindo, por isso, a uma fixação de limites do direito econômico em relação a outras áreas do direito.

Que esta tentativa de definição do D.E., bem como outras, pouco satisficam, tem a sua razão de ser em que nenhuma delas caracteriza exatamente a tarefa e função da sistemática jurídica.

As definições apresentadas olvidam de um lado que não existe uma sistemática do direito supra-temporal, quer dizer, toda categoria jurídico-sistemática é condicionada historicamente e é mutável, tanto quanto o direito que se procura sistematizar. Por outro lado, não se dão conta os autores que é impossível dividir as normas jurídicas – mesmo as de uma única ordem jurídica – em um sistema bi-dimensional, quer dizer, segundo os princípios básicos da *divisio* (*differentia specifica*, *genus proximum*) mas sim que a tarefa exige um pensar sistemático multi-dimensional.

O DIREITO ECONÔMICO COMO UM CONCEITO SISTEMÁTICO.

O DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO. A TAREFA DA SISTEMÁTICA DO DIREITO

Sistematizar significa ordenar, membrar, compor. Os princípios da sistematização devem corresponder, objetivamente, ao material que se propõe sistematizar. Considerando que o Direito, segundo a sua natureza *sui generis* se compõe de normas mandamentais (*Sollenssätzen*) ou imperativas, as conexões entre as diversas normas e conseqüentemente também os princípios de sistematização devem ser apenas de qualidade mandamental, devem portanto situar-se no normativo.

Isto vale, de qualquer forma, para a sistemática jurídico-científica. A prática do direito, todavia, não fica impedida de procurar proposições próprias, de natureza prática e de membrar, organizar o direito em áreas de vivência (*Lebensgebieten*) ou em sub-sistemas sociais como por exemplo "O direito do comerciante individual", o "direito do odontólogo/dentista" ou o "direito da agronomia".

O que estabelece a conexão entre as normas individuais e os diversos institutos, são as valorações específicas, os princípios e os raciocínios de que aquilo que se está fazendo está certo/correto (*Richtigkeitsgedanken*).

Assim por exemplo encontramos como princípio global de conexão de todo direito privado, o princípio da *Autonomia Privada*.

Tudo decorre (no Direito Privado) do princípio básico que os indivíduos devem formatar, construir, as suas relações jurídicas eles próprios.

Em uma ordem jurídica relativamente complexa/complicada, existe um grande número de tais valorações e princípios básicos que além disso tem significados diferenciados e que com o passar do tempo se modificam nas suas relações e significados.

Por isso, não é possível representar o sistema do direito de acordo com ou dentro de um sistema de mera coordenação que se contenta com duas ou três dimensões.

As múltiplas e importantes valorações, princípios e raciocínios no sentido do correto que se manifestam em um moderno sistema jurídico, se relacionam de forma tão complexa que não é possível representá-los graficamente pois somente podem ser pensados. Para simplificar o raciocínio e a apresentação limitamo-nos, no processo de sistematização a algumas poucas valorações que são especialmente importantes para as tarefas concretas de sistematização. Por isso o verdadeiro problema é a escolha dessas valorações, considerando que a ordem jurídica muda constantemente.

O RACIOCÍNIO DE VALORAÇÃO DO DIREITO ECONÔMICO

O raciocínio de valoração do direito econômico jamais foi positivado melhor no direito alemão do que pelo artigo 151

da Constituição do Império de Weimar WRV.

Ali encontramos a seguinte normatização:

O Estado tem a responsabilidade de garantir que a vida econômica (na Alemanha) corresponda aos princípios de justiça, especialmente à garantia de uma existência (humana) digna para todos (os cidadãos).

Tal enunciado, segundo Rittner não significa em absoluto que o estado tem a obrigação de implementar estes objetivos e valorações ele próprio, diretamente, ou através de atos legislativos, leis, atos administrativos, isto é, soberanamente. Muito pelo contrário, a Constituição do Império de Weimar (WRV) já nos artigos seguintes ao 151, utiliza-se dos principais elementos da autonomia privada-liberdade de contratar, propriedade, direito de suceder, para integrá-los no processo de obtenção das citadas garantias estatais.

Tal posicionamento de um lado já previne a tentação do estado moderno de arrebancar para si um excesso de competências soberanas. De outra parte os citados artigos da WRV integram os mencionados institutos do direito privado no conjunto normativo relacionado da ordem econômica global.

A liberdade de contratar e o direito à propriedade e todos os demais institutos caracterizadores do direito privado, passam a ter uma dupla função; sua tarefa na órbita do direito privado de induzir e garantir uma ordem justa entre os indivíduos quer dizer (por exemplo,

entre o comprador e o vendedor, entre o locatário e o locador) passa a expandir-se, passa a ter um significado/sentido adicional e uma tarefa adicional, isto é, servir de instrumento para que uma ordem econômica global correta possa concretizar-se com as inevitáveis exigências de tolerância (como ocorrem no direito privado). Tais institutos privados, integrados, não mais têm funções meramente privadas, mas também públicas, quer dizer funções que se estendem à ordem econômica geral de um país.

Este novo raciocínio/pensar valorativo do direito econômico, em contraste com o raciocínio em voga antes das guerras mundiais, afeta igualmente as regras e regulamentações, até então nitidamente privatísticas. O legislador e os tribunais modificam e amplificam, em virtude dessa nova valoração, o direito advindo de uma época anterior e diferente, o direito do século 19.

A utilização de institutos importantes do direito privado para a correta e completa substanciação do direito econômico, não é um absoluto, um procedimento meramente técnico-jurídico, comparável, por exemplo, com a mera recepção de conceitos de direito privado pelo direito administrativo. Não, ela repousa acima de tudo no fato que o Estado, também o Estado Social, deve deixar o “laborar na economia” (*Wirtschaften*) fundamentalmente a cargo do indivíduo, do cidadão individual, se o Estado, como Estado de Direito, deseja garantir a liberdade e a igualdade dos seus cidadãos. Como foi ampla-

mente provado e demonstrado, ao longo dos anos, o Estado, ele próprio, não têm condições de assumir mesmo apenas quanto à aspectos substanciais, o desempenho da economia de um país. Portanto, o Estado não pode, assumir esta função de “laborar na economia”, nem do ponto de vista organizacional, nem tendo em vista a liberdade dos seus cidadãos. Se então, o agir economicamente do Estado, deve manter-se, dentro de limites, mesmo se democraticamente legitimado, resta a formatação da economia, fundamentalmente pela atuação do indivíduo, do cidadão, nitidamente a cargo da atuação na esfera autônoma e privada.

A formatação (*Gestaltung*) da economia pela atuação do cidadão individual, dentro da esfera autônoma e privada baseia-se no princípio da igualdade. Por outro lado, o poder soberano necessita e se fundamenta na legitimação democrática. O princípio da igualdade significa que toda pessoa física como pessoa de direito e com direitos se iguala à outra pessoa física com direitos. O indivíduo como cidadão do Estado e o indivíduo como pessoa de direito e com direitos são as duas figuras básicas, fundamentais, do direito econômico alemão. Delas decorrem todas as demais funções, como por exemplo a administração estatal da economia decorre da legitimação democrática, como o agir como empresário se origina na autonomia privada e na garantia da propriedade. Outros princípios de ordenação não interessam a um ordenamento jurídico-econômico de

uma sociedade que se baseia nos princípios que informam e garantem a igualdade de todas as pessoas. Assim por exemplo não interessa mais o sistema feudal da Idade Média, nem sistemas similares (ao feudalismo) como o sindicalismo.

O DIREITO ECONÔMICO NO DIREITO COMPARADO

O marco de direito positivo estabelecido no direito constitucional alemão v.g. pela Constituição do Império de Weimar (*Weimarer Reichsverfassung*) no art. 151 é o caminho enveredado pela maioria das ordens jurídicas de cunho libertário das últimas décadas. Uma mais consciente e determinadamente, outras menos assim. Muitas ordens jurídicas ainda não elaboraram uma categoria especial do direito econômico. Isto todavia não significa, necessariamente, que, objetivamente, o direito econômico daquele país é menos desenvolvido. Muito depende do tipo de raciocínio de direito sistemático. Assim, por exemplo, o sistema (jurídico) do século 19, tem nos países europeus, principalmente na Alemanha, uma força de tal forma marcante e dominadora, que todas as valorações econômicas não teriam, não encontrariam um local de fixação no sistema, se o sistema jurídico tradicional do século 19 não fosse complementado pelo direito econômico.

Assim, a milenar divisão do direito (desde o tempo dos romanos), em direito público e direito privado, que ainda é considerada fundamental, embora já

muito questionada, em virtude da sua tradicional inelasticidade, exige esta complementação, antes mencionada, pelo direito econômico, que em verdade opera uma simbiose parcial dos dois tradicionais ramos do direito.

O direito econômico supera a divisão tradicional do sistema jurídico em direito privado e direito público, ao propiciar e viabilizar o concerto de regras da autonomia privada com regras soberanas (estatais). Este concerto ou “mix” muda, de país para país. Os direitos econômicos ocidentais deixam a organização e os processos econômicos, fundamentalmente à ação dos e formação pelos particulares (*Privatautonomie Gestaltung*) que todavia passa a ser regulamentada de maneira mais ou menos intensiva por regras, elementos soberanos (*Hoheitliche Elemente*) como por exemplo normas coativas, cooperação/ação conjunta dos tribunais/juízes ou das autoridades; exigências de licenças/permittências/alvarás/certificações, poderes de supervisão, etc, de maneira que possam ser corrigidas tendências desenvolvimentistas grosseiramente erradas ou até mesmo situações totalmente erradas.

Os direitos econômicos do leste europeu, ex-estados comunistas, ainda são regulamentados e organizados, via de regra, por normas estatais soberanas, e deixam à formação do labutar na economia, pelo cidadão individual e pelas empresas, relativamente pouco espaço e oportunidades. Enquanto nas economias socialistas/comunistas as

necessidades de recursos do Estado e o abastecimento da população são sempre preocupação principal, nos países do centro-oeste europeu, há prioridade para garantir o desenvolvimento profissional e pessoal dos cidadãos que satisfazem as suas necessidades de bens/serviços e recursos na base da troca contratual, enquanto os estados do ocidente satisfazem as suas necessidades de obtenção de recursos por meio da arrecadação de impostos.

DEFINIÇÃO

O direito econômico engloba e abrange portanto aquelas normas e institutos que viabilizam, concretizam toda ordem econômica. O direito econômico abrange ainda a organização e o comportamento das empresas nos mercados, bem como as funções correspondentes do estado.

Quase todas as normas e institutos do direito econômico desempenham funções e produzem efeitos em outros ramos do sistema jurídico, assim no direito administrativo, no direito constitucional, no direito contratual, no direito societário e no direito das minas.

O enfoque e a compreensão das normas é bifocal ou bipolar. Assim, no seio do direito econômico, estas normas funcionam e são compreendidas como parte integrante do correto e completo sistema da ordem econômica, enquanto nos demais ramos do direito, as valorações do direito administrativo, constitucional, contratual, societário e do direito das minas se encontram ressaltadas e se sobrepõem.

A COMPOSIÇÃO/ ARTICULAÇÃO DO DIREITO ECONÔMICO ALEMÃO ATUAL

A articulação e os limites de uma área do direito resulta do relacionamento das diferentes valorações do direito positivo. O raciocínio valorativo específico do direito econômico, é a correção, justeza de toda economia, isto é: a ordem mais justa possível da vida econômica de uma nação.

Em um sistema jurídico que não se fundamenta exclusivamente sobre uma constituição escrita mas que confia e entrega a constituição a uma corte especializada, todo ramo jurídico do direito deve ser compreendido, em primeira linha, a partir das suas bases constitucionais.

Esta deve ser, portanto, também a base do direito econômico.

O DIREITO ECONÔMICO GERAL E O DIREITO ECONÔMICO ESPECIAL

Muitas normas jurídicas valem para toda economia, outras valem apenas para determinados ramos da economia. Assim por exemplo a GWB Lei Contra Limitações da Livre Concorrência, vale para e é aplicável a todas as empresas, embora apenas parcialmente relativamente a empresas de determinados ramos da economia.

Já para os setores especializados, da economia tais como: seguros, crédito e energia, entre outros, há legislação especial.

Na área do direito econômico geral, as normas estatais soberanas têm prevalência, eis que determinam os limites da formação autônoma privada do “labutar na economia”. A legislação, o governo e a Administração têm na área do direito econômico geral tarefas e funções específicas que não são alcançadas pelo direito do estado e pelo direito administrativo.

O contorno institucional mais importante do direito econômico geral, é traçado pelo direito empresarial.

Toda ordem econômica que deixa, por questão de princípio, para o cidadão individual o agir, labutar na economia, excluindo o Estado e outras instituições estatais, é obrigada a elaborar regulamentos que determinem como os responsáveis pelas empresas (*Unternehmens traeger*) devem se organizar e decidir a quem vai permitir ser empresário de maneira geral ou especial. Deve ainda decidir se, eventualmente, e sob quais condições o Estado e as corporações regionais de cidades podem agir de forma empresarial. Mais adiante analisaremos a importância dos bancos estaduais na Alemanha.

Enquanto o direito empresarial e o direito das funções soberanas fixam os contornos institucionais do direito econômico geral, há que regulamentar os processos que se desenvolvem entre as empresas e seu comportamento frente à legislação que proíbe quaisquer limitações à livre concorrência.

Uma ordem econômica, que por questão de princípio deixa o agir na economia à iniciativa privada, à auto-

nomia privada do cidadão, não pode deixar de proteger o princípio da livre concorrência dos conchavos e das combinações limitadoras e práticas semelhantes de empresários inescrupulosos que tolgem a livre concorrência. Destarte, o direito à livre concorrência torna-se a peça nuclear de todo direito econômico. Nesse contexto, a moderna legislação reguladora dos cartéis a GWB e os regulamentos complementares na legislação européia desempenham um papel determinante. A par disto, a inclusão neste esquema legal, da legislação contra a concorrência desleal (*UWG = Gesetz Gegen den Unlauterten Wettbewerb*) é uma questão não tanto de cunho sistemático, mas sim de praticidade.

Ao fim e ao cabo o direito econômico geral deve preocupar-se com o tema/questão da direção da economia, isto é, com o instrumental que é utilizado para dirigir a economia.

A direção da economia utiliza como instrumental normas soberanas e outras medidas que se destinam a regulamentar e ordenar objetivos específicos pré-determinados pelo Estado. Este conjunto de normas adquire sua praticidade e efetividade, principalmente, no âmbito do direito econômico especial. Sua intensidade aumenta, na medida em que os regulamentos especiais setoriais se afastam dos instrumentos de direção usuais e regulares utilizados no âmbito do direito concorrencial. O direito geral/comum de direção da economia engloba estes regramentos especiais, notadamente as normas de supervisão, de

subvenção e de controle de preços. Abrange ainda as normas do direito dos emergenciais, isto é: a administração geral vinculada diretamente à direção estatal da economia em situações de emergência.

Do todo até aqui examinado, emerge o seguinte esquema para todo direito econômico:

- 1 – Bases/fundamentos constitucionais
- 2 – Direito econômico geral
 - a) as funções soberanas do direito econômico
 - b) o direito empresarial
 - c) o direito contra as limitações da livre concorrência
 - d) o direito geral da direção da economia
- 3 – O direito econômico especial esquematizado segundo as regulamentações dos diversos setores da economia.

DO RELACIONAMENTO ENTRE O DIREITO E A ECONOMIA

Li com atenção, os diversos artigos publicados na Revista *Direito e Economia*, 1ª edição, junho de 2005, coordenador prof. Luciano Benetti Timm, Editora Thomson / IOB. Vários dos autores, de uma ou de outra forma, registram e lamentam, com maior ou menor intensidade, a falta de comunicação e entrosamento entre os economistas e juristas. Afirmam os articulistas que os cultores destas duas ciências, não se entendem e que existe, por assim dizer, um diálogo de surdos.

Decididamente não é a minha opinião e discordo deste posicionamento. Entendo que do lado dos advogados, dos juristas que lidam e atuam em posições políticas e administrativas governamentais, há um conhecimento seguro, no sentido que para obter resultados práticos na área econômica, para dirigir, enfim, a economia de um país ou de uma região, em ou para determinado sentido, é preciso elaborar leis, regulamentos, diretivas que determinem, legalmente, o rumo que as operações, negócios ou mesmo setores inteiros da economia devem tomar. Os exemplos disso estão em toda parte. No direito tributário, do trabalho, societário, falimentar, cambiário, na área do direito bancário, financeiro, do mercado de capitais, no direito imobiliário, securitário, etc. Sempre são propostas e elaboradas leis, normas enfim, com o fim de fixar determinados rumos nas áreas citadas que serão importantes para o desenvolvimento da economia. Portanto os advogados e juristas sabem usar a lei, as normas, para através do direito econômico influenciar, dirigir a economia. Também os economistas sabem que na maioria das vezes, precisam do instrumental jurídico para, na economia, conseguir chegar onde desejam chegar. O mesmo vale para o administrador público, tenha ele inclinações democráticas ou não. Sempre precisará da lei para obter os resultados que deseja alcançar, sejam bons ou maus, democráticos ou ditatoriais. Logo concluo que tanto o economista quanto o jurista, sabem muito bem que necessitam da lei, da norma imperativa, para, de qualquer

forma, dirigir a economia. Sem dúvida existe o mercado e a realidade das ofertas e procuras, mas em pleno século 21, a *mão invisível* reguladora do mercado/economia, da qual falava em 1776 Adam Smith, esta já não é mais tão invisível assim, pois já não existe mais mercado totalmente livre, sempre há ou haverá alguma lei, alguma norma, atuando ou pronta para atuar, a fim de corrigir as falhas (da mão invisível regulamentadora) do mercado. Então, vista a problemática do relacionamento entre a economia e o direito assim, deste ponto de vista pragmático, não há dúvida nenhuma para nós, que tanto os economistas quanto os juristas sabem muito bem, que para dominar, enquadrar, regulamentar, dirigir, formatar a economia é preciso ter leis e normas que viabilizem e possibilitem a dominação, enquadramento, regulação, formatação e direção da economia.

Vamos dar um exemplo, a nosso ver muito simples. Todos sabemos que o princípio mestre da economia de mercado livre é o princípio da livre concorrência. Onde inexistente livre concorrência apenas existirão cartéis e monopólios. Então, para assegurar a existência de um mercado “livre”, para assegurar a livre concorrência entre as empresas produtivas, no interesse dos consumidores, é necessário intervir com a lei no mercado e coibir, proibir os cartéis e os monopólios, dirigindo e formatando assim a economia, já que a tendência natural do empresário produtor, livre de quaisquer controles legais é de eliminar a concorrência e adotar-se do seu

segmento de mercado, dominando-o em detrimento do cidadão consumidor. Não é pois possível deixar rédeas totalmente livres aos atores no mercado, na economia, sob pena de total destruição e extinção deste mesmo “livre mercado”. Conclusão: nenhum mercado é totalmente livre, sempre haverá e deverá haver alguma norma reguladora para exatamente assegurar que este mercado, ou segmento dele, continue livre e útil ao consumidor. Dito isto, parece-me que o jurista, ao menos aquele mais ou menos versado em economia e administração pública, sabe muito bem da importância da lei, da norma, para poder obter efeitos no desempenho da economia. Não há diálogo surdo, inexistência de conhecimento; muito pelo contrário, existe um controle mais ou menos intensivo da economia através das normas, do direito econômico que são manejadas tanto pelos juristas, quanto pelos economistas e políticos.

O DIREITO ECONÔMICO E OS DEMAIS RAMOS DO DIREITO

Por ser uma disciplina nova, o direito econômico deve traçar com clareza os limites em relação a outros ramos do direito. Isto não significa todavia, que, o direito econômico deve entrar em litígio com outro ramo do direito relativamente a essa ou aquela norma ou a esse ou aquele instituto. Considerada a diversidade de pontos de vista numa sistemática do direito, é perfeitamente possível que uma norma ou um instituto apareça em vários ramos do direito.

Assim por exemplo a sociedade do BGB encontra-se tanto no direito obrigacional do direito civil alemão (BGB II Livro, seção 8) quanto no direito societário alemão. Similarmente a confissão de dívida nominativa e ao portador (*Inhaber und Orderschuldverschreibung*) aparece tanto no direito obrigacional do direito civil alemão quanto no direito cambiário e, além disso, na legislação dos negócios bancários.

Em relação ao direito privado em geral, o direito econômico se diferencia pelo seu próprio princípio de valoração. Enquanto que no direito privado a característica (valoração) marcante é o relacionamento de uma parte com a outra, no direito econômico sobressai a valoração da justeza (*Gesamtwirtschaftliche Richtigkeit*) da totalidade da economia. Do ponto de vista do direito econômico, os institutos centrais do direito privado, contratos e propriedade, passam a ter um outro sentido e uma outra função. Passam a caracterizar uma ordem econômica descentralizada que se fundamenta sobre a autonomia privada e sobre a propriedade dos cidadãos, sendo que a ordem econômica lhes concede, permite, basicamente a produção dos bens, e a sua distribuição. A outra opção, ou o outro caminho que a ordem econômica poderia percorrer, ao formatar a economia globalmente, seria a sua formação – *Gestaltung* – pelo estado, soberanamente, por intermédio de órgãos estatais ou pára-estatais que passam a produzir e a distribuir os bens dos cidadãos.

Se a escolha do legislador for pela instituição de uma ordem econômica

descentralizada, o instrumental / normas e institutos / privatístico passa a integrar o direito econômico. No caso dos contratos, por exemplo, o direito econômico não se preocupa com a justeza do posicionamento contratual de uma parte em relação à outra, mas, sim se o contrato está correto no contexto geral da economia, se por exemplo ele influencia positivamente as relações do mercado. Sempre deverá estar presente o princípio básico da livre concorrência, que, se necessário, deverá ser reforçado por elementos soberanos. Os exemplos citados mostram, que o direito econômico integrou, recepcionou, os principais institutos do direito privado na sua sistemática, fazendo deles instrumentos da formação – *Gestaltung* – jurídico-econômica da economia global de um país. A complementação da ordem privatística autônoma por elementos reguladores soberanos desempenha aí um papel importante.

Seguidamente o direito econômico entrega ou deixa tarefas de economia global à ordem privatística autônoma, por motivos constitucionais.

Os elementos reguladores soberanos utilizados pelo direito econômico na formação global da economia são por exemplo: autorizações governamentais, licenciamentos, controle por auditores externos, publicidade obrigatória, etc. As normas e os institutos de direito privado cooptados pelo direito econômico passam a ser encarados exclusivamente do ponto de vista do direito econômico e não mais do ponto de vista de direito privado. Este mecanismo de

utilização de normas de um setor do direito positivo por outro, já era conhecido, por exemplo, em relação ao direito comercial e direito civil. Em matéria de contratos e obrigações e modos por que se dissolvem e extinguem as obrigações comerciais, por exemplo, o direito comercial (parte ora revogada pelo Novo Código Civil) utilizava normas do direito civil e as especializava para as afeição às suas necessidades. Era o caso dos artigos 121 e 428 da parte revogada do Código Comercial.

Esta simbiose parcial e pontual entre o direito privado e o público é captada e analisada pelo prof. dr. Fábio Nusdeo em sua magistral obra *Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico* (2ª ed. RT) Capítulo 10.

Ensina o prof. Nusdeo:

As limitações de mercado e a colocação de objetivos de política econômica levaram os sistemas descentralizados ocidentais a evoluírem no sentido de admitir, em caráter permanente, um segundo centro decisório a atuar ao lado do mercado, descaracterizando-se como modelos típicos de autonomia, longe, porém, do outro extremo, o da centralização pela autoridade política. Daí as expressões sistemas mistos ou de iniciativa dual, ambas felizes por retratarem a nova realidade.

Reconhece o prof. Nusdeo o direito econômico como o direito da política econômica. Reconhece ainda o direito econômico como um ramo jurídico, assinalando que no Brasil esta característica é “consagrada pelo art. 24, I

da CF, quando atribui à União e aos Estados competência concorrente para sobre ela (direito econômico) legislar (obra citada p. 205).

“Trata-se, no entanto, de um ramo *sui generis*, ou seja, tem uma particularidade toda dele, que deriva do fato de as suas normas, em grande número de casos, estarem inseridas formalmente em outros ramos jurídicos, marcando-os porém com o seu caráter específico de normas instrumentais de política econômica. É o caso de normas sobre reajuste de aluguéis, que incidem sobre uma relação típica de Direito Civil, como é a locação de prédios. Idem quanto ao chamado dirigismo contratual, isto é, determinações cogentes quanto a cláusulas que devam ou não constar de contratos privados de caráter civil ou comercial – caso típico de ação estatal por direção na classificação de Grau. O mesmo quanto ao processo decisório para a construção de uma estrada para escoamento de produtos de exportação, como na hipótese discutida ao fim do capítulo anterior. Aí, trata-se de uma medida de política econômica interferindo no campo do Direito Financeiro. É, ainda, o caso dos incentivos fiscais de toda a ordem, a trair uma política econômica que, em princípio, contraria a vocação natural do Direito Tributário: a de cobrar impostos e não deixar de fazê-lo. Mais um exemplo: as legislações antitruste ou ambiental, inseparáveis das considerações ou opções de política econômica.”

“Tanto essa característica das normas de Direito Econômico é importante

e saliente que um autor italiano, Finzi, o vê sinteticamente como *um taglio trasversale*, isto é, um corte transversal na árvore do Direito, como que seccionando os seus vários ramos para matizá-los com um colorido diverso, uma marca especial que antes não ostentavam. Ele é, assim, um ramo intromissor com relação aos demais, mas não estranho à árvore, porque sai diretamente do tronco constitucional, precisamente da chamada constituição econômica, referida no capítulo anterior. Um outro autor, este francês, Jeantet, usa uma imagem análoga, sendo as suas manifestações de permeio a todo ordenamento algo como as correntes marítimas no meio dos oceanos. É, em suma, um direito de sobreposição, por se sobrepor a outros ramos jurídicos na regulação de determinadas relações sociais.”

“A dificuldade resulta do fato de a árvore jurídica, tal como vista nos sistemas ocidentais, estar baseada na chamada *summa divisio* de Ulpiano, a qual, como ressaltado no Capítulo 6, coube como uma luva para a edificação jurídica do sistema liberal, procurando distinguir tão absolutamente quanto possível o *publicum* do *privatum*. A simples idéia de um direcionamento do *privatum* em prol dos objetivos do *publicum* já discrepa da natureza e da essência daquela visão de Ulpiano, origem, também, da imagem da árvore jurídica, perfeitamente acomodada ao paradigma liberal mas não confortavelmente abrigada por uma mutação substancial do mesmo.”

E mais adiante registra Fábio Nusdeo:

Dentro dessa visão, é imprescindível tecer a distinção entre a norma de Direito Econômico e o mero conteúdo econômico da norma jurídica. Como sabido, tal conteúdo encontra-se na esmagadora maioria delas, mas o caráter de Direito Econômico lhes é imprimido pelo sentido de vetorialização que assumem quando voltadas à colimação de objetivos de política econômica.

Em relação ao direito comercial e ao direito societário, a diferenciação em relação ao direito econômico é similar à que ocorre em relação ao direito civil. Importam os princípios de valoração, prevalentes em cada ramo do direito. O direito comercial negocial, o direito cambiário e também o direito do comerciante propriamente dito (HGB Livro I, Seção 1-4), bem como o direito societário, são regidos por valorações que se limitam a regular corretamente os interesses individuais de que tratam. Assim temos por exemplo: a regulamentação das relações entre o comerciante e seus credores; dos sócios entre si, e em relação aos credores da sociedade e de seus sócios. Até mesmo a regulamentação do registro mercantil, das normas contábeis e dos balanços, com as suas obrigações de direito público, não fazem exceção.

Quanto à lei das sociedades por ações, regulamenta, via de regra, toda a sua área de incidência do ponto de vista das relações individuais/coletivas

dos sócios. Todavia, na lei das sociedades por ações, surgem situações de direito econômico que são levadas em conta e por ele resolvidas. É de assinalar que questões nesta área que interessam a toda a economia de um país, não são resolvidas dentro ou pelo direito comercial ou societário, mas sim pelo direito econômico. Assim, por exemplo as seguintes questões: a quem é lícito exercer esta ou aquela atividade profissional; grandes empresas obrigatoriamente devem revestir a forma de S/A?; negócios bancários ou securitários somente podem ser realizados por determinadas sociedades?, o Estado e as comunidades podem empreender? Podem formar e operar empresas/sociedades, competindo com as particulares? Se ao lado dos sócios/empresários e seus representantes outras pessoas podem ativamente participar na formação da vontade do(s) responsável(eis) pela empresa. Por exemplo: representantes dos empregados, representantes do estado ou representantes do interesse público. Na República Federal da Alemanha, os Estados federados operam, por exemplo, bancos estaduais, competindo com os bancos privados em todos os negócios bancários.

Os bancos estaduais na Alemanha (*Landesbanken*) são institutos de crédito ou instituições financeiras que atendem os negócios bancários de um ou mais estados federados e que apóiam os governos estaduais na incentivação da economia estadual. Atendem, pois, um interesse (*Öffentlichen Auftrag*) ou melhor, uma missão pú-

blica. Nos termos dos seus estatutos, estes bancos estaduais praticam todos os negócios bancários permitidos e se apresentam no mercado bancário como bancos universais ou multibancos (*Universal Bank, Allgemeine Geschäftsbank*). Os bancos estaduais alemães, tradicionalmente são também bancos comunitários e atuam em conjunto com as caixas econômicas regionais. Os controladores responsáveis (*Träger*) são os estados e as associações de caixas econômicas. O banco estadual alemão é o instituto central das caixas econômicas de um estado federado. São portanto também a central de acerto de contas (*clearing house*), para os negócios não a contado, além de administrarem as reservas de liquidez das caixas econômicas vinculadas/associadas; praticando ainda operações de refinanciamento emitindo títulos de penhor (*Pfandbriefe*) e obrigações/debêntures comunitárias. Prestam também serviços bancários internacionais para os clientes das caixas econômicas.

Com poucas exceções (exemplo: a HSH Nordbank AG) os bancos estaduais estão submetidos ao controle estadual dos respectivos estados federados.

Os bancos estaduais alemães participam do capital de outros bancos estaduais.

Assim a *Westdeutsche Landesbank AG (West LB AG)* detém 26% do capital da HSH Nordbank AG (antigos bancos estaduais), *Hamburgische Landesbank* e *Landesbank Schleswig - Holstein*. A *Norddeutsche Landesbank - Nord/LB* participa com 10% do capital da *Landesbank Berlin LB Berlin* e

com 97% do capital da *Bremer Landesbank Kreditanstalt Oldenburg*. A *Bayerische Landesbank Bayern LB* participa com 75% do capital da *Landesbank Saar - Saar LB* e finalmente a *Landesbank Badenwürttemberg - LBBW* controla 100% o capital da *Landesbank Rheinland - Pfalz - LRP*.

Desde o início da década de 70, os bancos estaduais alemães concedem, por conta própria, créditos aos seus clientes. Tal prática passou a ser criticada publicamente pela concorrência bancária privada, que passou a alegar que os bancos estaduais tinham forte influência política em virtude dos seus controladores serem os governos estaduais. A defesa apresentada a tais críticas foi no sentido que se desejava alcançar e realizar fins e propósitos de estrutura econômica política, do interesse do estado.

Além disso, a concorrência alegava que, embora a concessão de créditos dos bancos estaduais fosse submetida às mesmas normas e exigências da lei federal do crédito (*Kreditwesengesetz*), válida tanto para as instituições financeiras privadas quanto públicas, os bancos estaduais gozavam da vantagem da capitalização através do orçamento público dos estados.

As reclamações dos bancos privados foram encaminhadas a Bruxelas, alegando distorções do regime de livre concorrência. Firmou-se um acordo em Bruxelas em julho de 2005, intitulado “concordância de Bruxelas”.

Existem onze bancos estaduais na Alemanha:

- Bremer Landesbank Kreditanstalt Oldenburg - Girozentrale (92,5% Hält die Nord/LB);

- HSH Nordbank AG, Hervorgegangen aus der Hamburgischen Landesbank und der Landesbank Schleswig-Holstein Girozentrale;

- Landesbank Berlin (LBB);

- Landesbank Baden-Württemberg (LBBW);

- Helaba - Landesbank Hessen-Thüringen - Girozentrale;

- Nord/LB - Norddeutsche Landesbank - Girozentrale;

- West LB AG - Westdeutsche Landesbank - Girozentrale;

- Saar LB - Landesbank Saar - Saarbrücken;

- Sachsen LB - Sächsische Landesbank - Girozentrale;

- Bayern LB - Bayerische Landesbank - Girozentrale;

- LRP - Landesbank Rheinland-Pfalz (100% Hält die Landesbank Baden-Württemberg).

A diferenciação entre o direito econômico, o direito administrativo e o direito constitucional é particularmente importante, pois existem o direito constitucional econômico e o direito administrativo econômico.

A constituição normativa é a ordem jurídica fundamental da existência comunitária, segundo cujos princípios básicos se forma a unidade política e se estabelecem as tarefas do Estado. Portanto o direito constitucional econômico é parte da constituição. Contudo é perfeitamente possível que seja também considerado parte do direito

econômico, mais do que isso, pode ser considerado o fundamento constitucional do mesmo. Exemplo: o princípio da liberdade do exercício profissional é um tema constitucional, um direito fundamental ancorado no art. 12 da Constituição alemã. Mas é também tema e assunto do direito econômico, pois decide o acesso à atividade empresarial e o acesso aos mercados em geral.

O direito administrativo engloba todo o direito pertinente à administração pública, aí incluídas as suas competências soberanas. Uma parte da administração pública diz respeito a regulamentações que tem como destino toda economia de um país, exemplo: a autoridade federal controladora dos cartéis (*Bundeskartellamt*); a autoridade federal supervisionadora do sistema securitário (*Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen*); a autoridade federal supervisionadora do crédito (*Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen*). Destarte estes segmentos especiais do direito administrativo, com características de direito econômico, devem ser respeitados e integrados na sua totalidade pelo direito administrativo, para garantir a unidade do setor e a justeza da administração pública. Já o direito econômico vê estes órgãos e as suas normas reguladoras no contexto das suas próprias valorações específicas, que determinam os alvos e também os meios de que se serve o direito econômico.

Em relação ao direito do trabalho e ao direito tributário, o direito econômico também se diferencia por força das

tarefas que lhe são próprias. Embora pareça que o direito do trabalho nada tenha a ver com o direito econômico, eis que engloba, abrange todas as normas que regulamentam a situação dos empregados/operários não autônomos, em relação aos empregadores, em relação a outros empregadores e em relação à comunidade dentro da empresa (*Betriebsgemeinschaft*), na verdade há um relacionamento funcional entre os dois ramos do direito. Assim o empregado desenvolve na empresa sua capacitação e produção profissional colaborando destarte com a produção econômica da empresa. Por outra, os salários pagos pela empresa aos seus empregados são uma das rubricas mais importantes no cálculo do balanço de produtividade da empresa. Todos sabemos que na metodologia da recuperação empresarial o corte de salários e a total eliminação de postos de trabalho são itens sempre adotados. Como exemplo podemos citar a proposta da alta administração da Volkswagen de cortar 20 000 postos de trabalho nos próximos cinco anos para assim tornar a empresa mais competitiva perante os outros concorrentes.

De outra banda, o direito laboral coletivo ou negociação coletiva imbricou-se, ultimamente, cada vez mais com o direito empresarial, o qual, como vimos, é parte do direito econômico. Tanto o Conselho Empresarial quanto o Comitê Econômico (na Alemanha), de acordo com a lei alemã – constituição da empresa (*Betriebsverfassungsgesetz*) são órgãos dos empregados da empresa, mas, sem dúvida nenhuma, têm

influência direta nas funções diretivas do responsável pela empresa. Ainda mais forte se manifesta a ingerência em decorrência do instituto alemão empresarial da co-gestão, que, presente nos órgãos da empresa, às vezes até de forma paritária, modifica substancialmente normas do direito societário. O instituto da co-gestão aparece portanto na esfera do direito econômico como conjunto de normas integrantes do direito empresarial.

Em relação ao direito tributário, hoje um ramo jurídico muito importante, o legislador tem utilizado normas e regulamentos tributários para alcançar e concretizar propósitos nitidamente de direito econômico. Isto, nem sempre foi assim, pois enquanto o peso dos tributos era relativamente pequeno (até a 1ª Guerra Mundial 1914-1918), o direito tributário praticamente não tinha influência no ou implicações com o direito econômico. O Tribunal Constitucional Alemão decidiu que em relação ao direito tributário “a arrecadação de impostos pode ser uma finalidade secundária” admitindo assim o propósito de direito econômico da norma/legislação tributária (*BVerge* 16, 147; 30,250,264 e *BVerge* 67,256 *NJW* 1985,37 *Investitionshilfegesetz*. Consulta-se também a *Abgabeordnung* (AO). Regulamento dos Impostos Alemão §3º alínea 1 frase 1 de 1977. É certo porém, que a lei alemã diferencia cuidadosamente a competência legislativa de direito econômico (Constituição Alemã art. 74 n° 11) da competência tributária (Constituição Alemã GG art. 105). Somente desta forma se admitem normas de direito econômico na roupagem do direito tributário.

Em relação ao direito penal existe o direito penal econômico, com um conjunto de normas autônomas, contidas na lei penal econômica (*Wistg*). O direito penal econômico *stricto sensu* tem como objeto principal proteger a ordem econômica estatal no seu todo. Já o direito penal econômico *lato sensu*, se preocupa com a criminalidade econômica e engloba todas as normas jurídicas setoriais que regulamentam a produção, montagem e distribuição de bens econômicos.

Finalmente, em relação ao direito de proteção do consumidor, não é fácil traçar limites precisos, pois assim como o direito de proteção do consumidor propriamente dito, também o direito econômico visa proteger os direitos dos consumidores. Uma possibilidade de diferenciação entre os dois ramos do direito é reconhecer que, tendo vindo o conceito da proteção do consumidor dos Estados Unidos é mais um programa jurídico-político do que uma categoria jurídico-sistemática. Assim, por exemplo, o programa de proteção contido nas normas do direito do consumidor ultrapassa os limites do direito econômico, pois regulamenta e sanciona a responsabilidade do produtor pelo produto, as condições gerais dos negócios e alguns contratos/negócios típicos para o setor consumista, como por exemplo, negócios a prazo/prestações, contratos de viagem, etc. No âmbito do direito econômico, o direito de proteção do consumidor desempenha funções no direito concorrencial, securitário e creditício. O programa do direito de proteção do consumidor, não se preocupa no

entanto, com questões relativas ao todo da economia de um país, que lhe são estranhas. Por isso não pode também substituir o direito econômico. Pelo contrário, é em verdade uma complementação, um eventual substitutivo do direito econômico, pois se os institutos deste último (combate aos cartéis e direito concorrencial) funcionassem perfeitamente, não seria tão importante ou tão necessário.

A EMPRESA (*Das Unternehmen*)

O conceito básico da empresa, aparece no âmbito do direito como uma “configuração/aparição da vida”: (*Gebilde des Lebens*) conforme Gieseke, *O significado jurídico da empresa*, p. 118. É uma aparição econômica-sociológica, com a qual a ordem jurídica deve se preocupar a partir de vários pontos de vista, tais como: comercial, econômico, tributário. Por isso o termo empresa quando aparece nos textos jurídicos, nem sempre tem o mesmo significado. Consequência disso é que o significado do termo empresa deve ser construído caso a caso, a partir da inteligência das normas individuais e/ou do sentido de uma área/setor jurídico. Esta a razão porque não é possível estabelecer um conceito unitário, válido, para todo direito econômico da empresa. No entanto, o direito econômico necessita de um conceito básico funcional de empresa. Este conceito resulta das funções globais econômicas que a empresa exercita no moderno direito econômico.

Empresa para o direito econômico é uma unidade produtiva, econômica e autônoma. Produz bens econômicos *lato sensu*, quer dizer mercadorias e serviços. Sua unidade é formada pelo responsável da empresa, sujeito que tem responsabilidade jurídica e econômica por toda a empresa. Este sujeito pode ser uma pessoa física, jurídica ou uma sociedade de tais pessoas. A empresa é autônoma/independente, pois o seu responsável tem fundamentalmente liberdade quanto às decisões a serem tomadas e que vão afetar a empresa. Presumivelmente tomará e deverá tomar tais decisões, antes de mais nada, no sentido de atender as expectativas e desejos de seus clientes.

Este conceito de empresa, assim estruturado e formulado, está de acordo com os dois elementos básicos do mesmo conceito de empresa, válido para a ciência econômica: produção de bens – para o mercado e para o atendimento de necessidades de terceiros, aliado à autonomia, isto é, liberdade para um planejamento autônomo relativo, econômico e de produção (autonomia econômica).

No direito empresarial – *Unternehmensrecht* – a liberdade de empreender – *Unternehmer Freiheit* – é uma das características básicas. Assinala o reconhecimento desta liberdade a primazia do direito privado, no sentido da formatação da empresa de maneira privada e autônoma. Trata-se da liberdade de cada indivíduo de, sozinho ou com outros (sócios, empregados), produzir mercadorias, bens,

coisas, ou prestar serviços, que outras pessoas físicas ou jurídicas, estão dispostas a adquirir mediante uma paga. Além da liberdade de empreender, há outros princípios importantes a considerar que inspiram o direito empresarial. Assim por exemplo: o princípio da *troca* – *Austauschprinzip*. Este princípio determina tanto o direito patrimonial civil quanto o direito econômico. Vale ainda para o direito empresarial visto como um direito organizacional que possibilita à empresa de produzir bens, coisas, serviços como uma unidade econômica autônoma com base nos contratos de troca com os seus clientes, fornecedores, bancos e também com os seus empregados. As empresas necessitam desta estrutura organizacional para garantir a sua existência, a sua sobrevivência. Surge assim mais uma característica da empresa e do direito empresarial, o princípio da *continuidade* e sobrevivência da empresa como unidade individual, autônoma, economicamente organizada.

Outro aspecto crucial é a característica ou princípio: da *rentabilidade*. Os resultados negociais positivos, os lucros devem superar os prejuízos e despesas, sob pena de colocar em risco o princípio da continuidade, da sobrevivência da empresa.

Portanto, a atividade empresarial, sem dúvida é uma atividade de risco. Como unidade individual de ação (*Individuelle Aktions Einheit*), a empresa tem que se afirmar no campo da livre concorrência, sob pena de sossobrar, falir. O risco desta atividade empresarial

é suportado pelo ou pelos proprietários da empresa que, não raras vezes, combinam e entrelaçam o seu patrimônio pessoal e a sua capacidade técnica total ou parcialmente com os destinos da empresa. Como o(s) titular(es) da empresa, seja companhia fechada, seja aberta, garantem patrimonial e administrativamente a continuidade da empresa, é possível planejar a médio e longo prazo o seu desempenho.

O direito empresarial, parte integrante do direito econômico, é portanto, primordialmente, um direito que organiza fatores da produção, um direito organizacional – *Organisationsrecht* – que, além de princípios do direito privado, acima perfilados, também utiliza instrumentos vários de natureza não privatística mas soberana e que por isso se diferencia do direito societário simplesmente privatístico.

Embora use normas e princípios do direito privado, o direito empresarial considera como de importância primordial os pontos de vista, os enfoques que abrangem toda economia de um país ou de uma região.

Quanto às empresas organizadas segundo determinadas fórmulas ou padrões jurídicos, o direito alemão reconhece: a) o empresário individual, (*Einzelunternehmer*), b) as sociedades de pessoas – (*Personal Gesellschaften*), c) as sociedades de capital – (*Kapital Gesellschaften*), d) as cooperativas (*Erwerbs und Wirtschaftsgenossenschaften*), e) as sociedades específicas para um determinado objeto (*Gewerbespezifische Gesellschaften*) e finalmente f) duas

empresas que somente podem ser organizadas ou constituídas segundo o princípio da concessão (*Konzessionsprinzip*), isto é, as fundações e a associação econômica (*Wirtschaftlicherverein*).

As sociedades de pessoas são de três tipos: a OHG (*Offene Handelsgesellschaft*) §§105 e seguintes do HGB; a sociedade em comandita KG §§161 e seguintes do HGB e a sociedade de direito civil (*Buergerlichrechtliche Gesellschaft*) §§705 e seguintes do BGB.

As sociedades de capital apresentam-se sob três formas jurídicas: a sociedade por ações; a sociedade em comandita por ações; e, a sociedade limitada (GmbH).

As sociedades organizadas especificamente para um determinado objeto ou atividade são as associações de seguros de interesse mútuo e as sociedades de mineração: (*Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit* e a *Bergrechtliche Gewerkschaft*).

No Direito da Comunidade Européia, há desde 01 de julho de 1989 a Associação Econômica Européia de Interesses, que pode também ser constituída como empresa na Alemanha.

AS CARACTERÍSTICAS DA AUTONOMIA PRIVADA, LIBERDADE, NO DIREITO EMPRESARIAL

É função da autonomia privada proporcionar e garantir ao empresário o máximo de liberdade para exercer seu empreendedorismo, bem como deso-

nerar o estado. Suas características relevantes contribuem, significativamente, à possibilidade de sucesso do empresário. As características que podem ser arroladas, são as seguintes: 1) a liberdade/autonomia de organizar, fundar, constituir uma sociedade/empresa. É uma característica deveras importante, pois do ponto de vista da liberdade, possibilita ao cidadão, fundamentalmente atuar como empresário. Do ponto de vista do direito econômico é também uma característica fundamental, pois assegura, legalmente, ao empreendedor o acesso ao mercado; 2) a característica da faculdade/liberdade de escolher o tipo, a espécie de sociedade ou associação. Trata-se aqui, com poucas restrições, da livre escolha da forma legal a ser adotada para empreender algo. Do ponto de vista do direito econômico, esta característica da autonomia privada no direito empresarial, garante uma certa capacidade de adaptação da empresa a situações futuras ainda não previsíveis; 3) a característica da liberdade de redigir, dentro de certos limites legais, o teor do contrato social ou os estatutos da sociedade ou associação; 4) a liberdade e autonomia de formação da vontade do empresário e dos sócios/associados, enquanto partícipes da vida da empresa; e finalmente 5) a liberdade/autonomia de dissoluções e liquidação da empresa, a outra face da moeda em relação à liberdade/autonomia de constituir, fundar, organizar empresas. 6) pode ainda ser arrolada a liberdade e autonomia do empresário para se coligar,

vincular com outras empresas – *Verbindungen von Unternehmen*. Tal liberdade é assegurada e garantida por lei que no entanto também a limita quando ocorrem excessos que possam ameaçar a garantia da livre concorrência. Estabelece-se então, legalmente uma limitação à liberdade organizacional do empresário do ponto de vista do direito econômico.

CONCLUSÃO

A temática deste artigo: Direito Econômico e Direito Empresarial não se esgota com o que expusemos. Muito pelo contrário. É extremamente vasto o

campo da nossa matéria. Basta lembrar toda legislação de direito econômico/empresarial que combate as limitações à livre concorrência, monopólios, cartéis, dominação de mercado, controle de grupos, consórcios, *holdings*, enfim concentrações de empresas, toda legislação de controle e direção de uma economia, preços, subvenções, seguros, mercado de capitais, financeiro, crédito, energia, transporte, mídia, etc.

Apenas afloramos os conceitos e temas introdutórios à disciplina e esperamos que de alguma forma, contribuirmos ao acervo de estudos já existente a respeito do direito empresarial e econômico.

Equilíbrio e justiça no contrato segundo o paradigma contratual contemporâneo

Roberta Lampert*

INTRODUÇÃO

O presente estudo propõe, para a correta concepção de justiça no contrato, a distinção entre os equilíbrios econômico e normativo na análise da dinâmica contratual. Para construir a proposição e fundamentá-la, pretende-se, antes de mais nada, realizar rápida análise dos contornos dos paradigmas do direito contratual, partindo daquele identificado como clássico, calcado na idéia de autonomia privada, passando-se ao contemporâneo, que se convencionou chamar de paradigma da solidariedade. A partir disso, busca-se identificar a recorrente conceituação de justiça contratual, por parte dos juristas que tratam do tema, como a mera paridade nas prestações para, então, tentar demonstrar que essa posição não só acarreta uma limitada

noção de justiça, tendo em conta a racionalidade e a concretização do paradigma da solidariedade, como também determina um inadequado tratamento de certas formas de injustiça nas relações de troca.

I. DA VONTADE À COMUTAÇÃO: A MUDANÇA DO PARADIGMA CONTRATUAL

1. O paradigma clássico – o contrato como expressão da vontade

1.1 A teoria contratual clássica

A construção da teoria contratual clássica sobre bases jusnaturalistas, acompanhadas de um forte movimento racionalista e aliadas com o individualismo filosófico, resultou em uma concepção que vê o contrato como um *meio*

* Bacharel em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Assessora de Desembargador no Tribunal de Justiça e aluna da Escola Superior da Magistratura.

*para o exercício do poder de autolimitação da liberdade individual.*¹

A expressão sublinhada e utilizada para sintetizar o conceito de contrato fundado pelo paradigma clássico, em uma análise mais detida, revela mais do que enuncia a reunião das palavras que lhe dão forma. É por seu exame mais pormenorizado, portanto, que se pretende extrair os fundamentos e preceitos da doutrina contratual clássica para exposição no presente trabalho.

O ato de contratar sempre esteve ligado à noção de obrigar-se. E obrigar-se para o pensamento oitocentista, mais do que nunca, significava restrição à liberdade. Devido às bases jusnaturalistas do direito moderno dos contratos, a liberdade individual era ao máximo exaltada, de forma que qualquer limitação somente poderia provir do consentimento do indivíduo: *solus consensus obligat*. Esta premissa, na qual se assenta o paradigma clássico, é contribuição dos expoentes da Escolástica tardia, *Guillaume d'Occan* e *Duns Scott*, que, ao procederem a uma releitura do

direito natural aristotélico, atentaram que o indivíduo é um ser livre em seu estado de natureza e, com base nisso, passaram a sustentar que nada poderia restringir tal liberdade, senão o seu consentimento.²

O contratar, portanto, passa a ser visto como produto de um consenso, ou seja, um encontro de vontades voltadas a gerar efeitos obrigacionais. E por a restrição à liberdade individual advir tão somente do consentimento, isto é, da vontade do indivíduo, dadas as concepções da época acerca do homem e de sua relação com o Estado, tal autolimitação passa a ser tida como um poder. Daí o contrato poder ser visto como um meio para o exercício do *poder de autolimitação da liberdade individual*.

A conexão do contrato com tal visão de um indivíduo soberano, dispondo de sua própria liberdade segundo a sua vontade e a identificação disso como um poder acaba por reduzi-lo a um acordo de vontades.³ E, dessa forma, a vontade, então vista como expressão do homem e de sua liberdade, representada pela noção de *autonomia da vontade*,⁴

1 GOMES, Orlando. *Contratos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 18.

2 MARTINS-COSTA. A noção de contrato na história dos pactos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, p. 497-513, 1995. Edição em homenagem a Carlos Henrique de Carvalho: o editor dos juristas, p.501.

3 GOMES, *Contratos*, p. 18.

4 O poder reconhecido ao indivíduo de auto-regular seus interesses é, mais apropriadamente, designado *autonomia privada*. O termo *autonomia da vontade* está associado à concepção voluntarista de contrato e somente nela encontra, destarte, sentido. Por estar-se tratando do paradigma clássico nesse ponto do texto, optou-se por utilizar tal expressão. Sobre a diferenciação entre os termos, NEGREIROS, Teresa. *Teoria do*

passa a ser o elemento central do conceito moderno de contrato.

A liberdade, por sua vez, ponto de partida teórico e, portanto, justificacão para a exaltação dessa vontade acaba por ter sua importância atenuada, o que fica evidenciado por sua funcionalização, perpetrada pelo paradigma clássico. Convém destacar que o sentido de funcionalização ora empreendido não encontra relação com o que se denomina “concepção funcionalista” de contrato e de direito privado, a qual concebe as instituições deste como instrumentos para a persecução de objetivos socialmente desejáveis.⁵ A funcionalização praticada pelo paradigma voluntarista, que ora se propõe, ao contrário, é mais esvaziada, pois não persegue e sequer elege fins maiores, o que vem a propósito da pretensão de neutralidade esposada por essa concepção de direito privado do século XIX,⁶ que dispunha de um complexo ético ou de uma tábua

axiológica um tanto débil. O sentido de funcionalização empregado é apenas o de utilização em função de ou a serventia de algo. Assim a funcionalização que se sugere realizada pelo paradigma voluntarista, é a utilização da liberdade a serviço da vontade e, por isso, o abrandamento da importância daquela em contrapartida à exaltação desta. É o que se extrai do conceito apresentado de contrato como *meio para* o exercício do poder de autolimitação da liberdade individual, considerando o anteriormente exposto.

A consagração do paradigma contratual sobre as bases do jusnaturalismo, de forte cunho racionalista e individualista, que determinou a concepção de contrato acima examinada, não só resultou na exaltação da vontade como seu eixo central, como também firmou uma visão de indivíduo coerente com seus pressupostos teóricos.

Não só a lógica jusnaturalista, mas todo o sistema de idéias políticas e filo-

contrato: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 2-4 e MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 611-661.

5 MICHELON, Cláudio. Um ensaio sobre a autoridade da razão no direito privado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v.21, p. 101-112, 2002 e WEINRIB, Ernest J. *The idea of private law*. Cambridge: Harvard University, 1995, p. 4.

6 Sob o prisma do paradigma clássico, às relações contratuais, assim como às relações de mercado não interessa qualquer questão relacionada à ordem social, a exemplo, as diferenças socioeconômicas entre os contratantes. A pretensão de neutralidade do direito contratual clássico consiste, então, na abordagem abstrata que este paradigma aplica ao contrato, tido como um acordo de vontades entre sujeitos abstratos, reduzidos à sua capacidade negocial. (NEGREIROS, op. cit., p. 298-310).

sóficas vigorantes à época, era baseado na exacerbação da liberdade individual. O indivíduo se impõe perante o Estado e o repele reduzindo-o. Ao Estado apenas opõem-se deveres, enquanto aos indivíduos atribuem-se direitos. Como bem ressalta Teresa Negreiros em sua obra, “[...] supera-se o Estado absoluto; ergue-se o indivíduo absoluto”.⁷ A reação é claramente desmedida, pois dá lugar à absolutização da vontade individual.

O paradigma voluntarista, tendo surgido em meio a este cenário, embalado pela matriz teórica do jusnaturalismo, assentou sua doutrina contratual em uma visão abstrata e redutora do indivíduo. A lógica oitocentista concebe o sujeito contratante isolado em sua existência, prescindindo de qualquer identificação do seu meio social. Às relações contratuais, tal concretização não importa, de modo geral, todos são livres e iguais da mesma forma.

Tampouco há a consideração do outro, o que impede a constatação de quaisquer diferenças entre os indivíduos por ser irrealizável a comparação. Desconhece-se os conceitos de poder negocial, vulnerabilidade ou necessidade, o

indivíduo é nada mais que um ser dotado de capacidade negocial.⁸ É correto afirmar que a teoria contratual clássica lança mão de uma presunção de igualdade entre os contratantes, contudo, no intuito de melhor compreender-se o significado e o alcance dessa asserção, é preciso ter presente que, antes de presumir uma paridade entre dois sujeitos contratantes, a doutrina oitocentista sequer conhece a alteridade.

O indivíduo para o paradigma voluntarista, assim, em razão da extremada abstração adotada em nome da liberdade e da vontade, era um ser atomizado⁹ e desconectado de sua comunidade,¹⁰ contando com apenas uma representação; era, portanto, *um* indivíduo, ou melhor, o indivíduo, o contratante, um ser livre e capaz de auto-reregular seus interesses.

1.2 A Justiça no paradigma clássico

Na doutrina contratual oitocentista, a justiça é intrínseca ao modelo. Por força da noção de autonomia da vontade e, ainda, por essa vontade, como expressão da liberdade do homem, ser inatingível, a justiça limitava-se ao brocardo *qui dit contractuel, dit juste*.¹¹

7 NEGREIROS, *Teoria...*, p. 16.

8 Expressão de *Ibidem*, p. 18.

9 *Ibidem*, p. 12.

10 MARTINS-COSTA, Judith. *Sobre o princípio da insolidariedade: os cumes das montanhas e os universos submersos*. Texto ainda no prelo, a ser publicado em livro em homenagem a Friedrich Muller.

11 MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 19, n. 56, p. 56-86, nov. 1992, p. 58.

Não há, portanto, um parâmetro concreto de justiça. No paradigma clássico, a escolha (vista como ato de escolher) é valorada de forma independente do seu conteúdo.¹² Justo é aquilo que for expressão da vontade, isto é, aquilo que for pactuado, não importando o quê, mas como.

Não há averiguação substancial de igualdade ou equilíbrio, nem entre as partes, pois estas são presumivelmente iguais, nem sobre o conteúdo da relação contratual, pois fruto da vontade, é necessariamente justo.

A justiça, no paradigma clássico, tendo em vista o seu critério atrelado à vontade, é, portanto, *exterior* e *posterior*. *Exterior* porque o exame do justo sequer adentra na relação contratual, haja vista que tal análise se restringe à averiguação da atuação da vontade do indivíduo, mas jamais do seu conteúdo. Em suma, o exame de justiça fica atrelado à vontade e é impedido por ela de entrar na relação contratual. A justiça, é, ainda, *posterior*, em razão do mínimo de concretização desse critério, que impede uma afirmação anterior do que é justo ao estabelecer que a vontade dos contratantes o revelará quando expressada.

Conforme foi possível perceber pela presente análise, para o paradigma contratual clássico, a justiça da relação contratual perpetrada entre as partes é necessária consequência do êxito de sua constituição. A justiça foi esvaziada e seu exame tornado inútil. O paradigma voluntarista, ao retirar-lhe a substantivação e reduzir-lhe a importância, afastou-a da verificação anterior e última da razão de existir do contrato. Segundo a concepção contratual moderna, a justificação da relação privada de troca consiste apenas em servir de meio para o exercício da autonomia privada.¹³

Diante do que foi exposto nessa primeira parte do trabalho, possível concluir que “a excessiva valorização da subjetividade teve por efeito não só afastar as noções de contrato e comutatividade, como conduziu à anulação do indivíduo”.¹⁴

2. O paradigma da solidariedade – o contrato como expressão de utilidade e justiça

2.1 A construção do paradigma

A realidade requer permanente adequação dos sistemas conceituais. Afirmando-se a historicidade do Direito e,

12 GORDLEY, James. Contract Law in the Aristotelian Tradition. In: BENSON, Peter (Ed.). *the theory of contract law: new essays*. New York: Cambridge University, 2001, p.267.

13 Para Morton J. Horwitz, a teoria contratual moderna é concebida em reação e como crítica à tradição medieval de justiça substantiva. Segundo este autor, somente no século XIX passou-se a rejeitar a antiga crença de que a justificação da obrigação contratual era encontrada na necessária justiça da troca. (HORWITZ, Morton J. The historical foundations of modern contract law. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 87, n. 5, p. 917-956, mar. 1974).

14 MARTINS-COSTA, A noção de contrato..., p. 513.

portanto, a estreita relação que os modelos jurídicos têm com a realidade social, tem-se que estes assumem significações distintas ao longo do processo histórico. Caso uma norma estivesse jungida à sua conformação original, isto é, determinada pelas circunstâncias fático-axiológicas de sua gênese, lhe seria furtada a eficiência social e tornada impossível a realização de seu fim. Um dado modelo jurídico é, pois, resultado da tensão dialética entre um conjunto de circunstâncias e um quadro de valores.¹⁵ Havendo modificações em seus possíveis suportes fáticos, bem como na tábua de valores sociais, surge a necessidade desse modelo conformar-se, tomando a significação adequada.

Tal dinâmica, que marca o *normativismo jurídico concreto*,¹⁶ não ocorreu de modo diferente com a figura do contrato. Concebido segundo um determinado complexo de fatos e de valores, o modelo contratual moderno, ao longo da sua história, sofreu uma progressiva variação de significados em adequação às exigências fáticas e axiológicas que surgiram.

Passa-se do subjetivo ao objetivo, da exacerbação da liberdade à valori-

zação e urgência da segurança e, por fim, da tutela da vontade à tutela da confiança. As primeiras alterações sofridas pelo paradigma contratual marcam o início de um processo de objetivação do elemento volitivo do contrato.¹⁷ No século XX, este já passa a ser visto como ato social e não mais como ato de vontade, não podendo mais ser considerado como pura expressão da liberdade do indivíduo, mas como meio para que este regule seus interesses na sua vida privada, conforme definiu Emilio Betti.¹⁸ A ordem social, em cujo tráfico dar-se-ão as contratações, passa a ser considerada, assim como o indivíduo que figura no outro pólo da relação jurídica contratual, o devedor. Pela primeira vez, o destinatário da declaração de vontade recebe relevo a ponto de ter seus interesses tutelados. Surge uma incipiente tutela da confiança em resposta às reclamadas garantias de segurança e estabilidade nas relações negociais.

Há, destarte, um deslocamento da vontade, da psique do indivíduo à sua manifestação exterior, o que configurou um primeiro passo da ordem de mudanças que seguiria. A Teoria Moderna dos

15 Segundo a concepção tridimensional concreta e dinâmica de Miguel Reale sobre a experiência jurídica, a norma surge da tensão entre fato e valor. (REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1982).

16 A expressão é de Miguel Reale. (Ibidem, p. 559).

17 Tal processo de *objetivação* é entendido, por Enzo Roppo, como uma tendência à progressiva redução do papel e da importância da vontade no contrato. (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 1988. p. 297).

18 BETTI apud MARTINS-COSTA, op. cit., p. 508-509.

Contratos, dessa forma, passa a adequar-se à sociedade que lhe confere razão para existir.

O sistema teórico oitocentista, que, baseado na igualdade formal das partes, sustentava que a liberdade dos indivíduos no contratar asseguraria um pacto justo, foi desmentido pela realidade. Os indivíduos não eram iguais e sua desigualdade era apenas acentuada no decorrer da história, o que tornava a sua liberdade de contratar cada vez mais mitigada. Essa realidade, associada ao crescente processo de massificação social, atingirá o direito das obrigações ocasionando uma crescente estandarização e despersonalização das relações privadas de troca, o que, por sua vez, estimulará o abuso da disparidade dos poderes negociais, intensificando as iniciais desigualdades e limitada liberdade.

As relações contratuais efetivamente engendradas pelos indivíduos não refletiam aquilo que o esquema clássico esperava. Os contratos, devido às desigualdades sociais, não correspondiam à vontade das partes e suas condições não retratavam uma limitação voluntária e querida de suas liberdades. Dessa realidade surgem problemas, aos quais a disciplina contratual oitocentista não pôde oferecer tratamento adequado.

Tendo em conta as suas bases conceituais, seria mesmo, para esse paradigma, impossível apresentar um regramento adequado: qualquer contrato a ele submetido seria encarado como

produto da atuação de duas vontades igualmente livres e, ainda que houvesse um flagrante desequilíbrio, ele seria tomado como justo. Resta evidente, assim, que a teoria contratual clássica não encontra mais o substrato social que lhe deu forma, estando, ao contrário, presente outro contexto fático e axiológico, reclamando por adequada ordenação.

Tal problemática revelou o desacerto das bases sobre as quais se fundou o paradigma voluntarista: a *concepção unitária de indivíduo*, acompanhada da *igualdade presumida* entre os contratantes, e a *liberdade exaltada*, vista exclusivamente *in abstracto* e, assim, presumidamente determinada por sua *vontade soberana*.

Com efeito, os problemas postos pelas reais relações privadas puseram à prova a lógica individualista do paradigma clássico, que não resistiu demonstrando-se incapaz de regular uma realidade marcada por desigualdades sociais. Thomas Kuhn afirma que “o teste de um paradigma ocorre somente depois que o fracasso persistente na resolução de um quebra-cabeça importante dá origem a uma crise”.¹⁹ E, ao tratar da estrutura das revoluções científicas, ensina que a mudança de um paradigma é deflagrada pela consciência dessa anomalia no sistema, quando se inaugura um período no qual as categorias conceituais são adaptadas e os fatos anteriores reavaliados, de modo a serem encontradas soluções para os problemas

19 KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1982, p. 184.

antes insolúveis, etapa em que se completará a descoberta.

Para superar as dificuldades que deflagraram a revolução, foi preciso uma reconstrução do pensamento científico sobre novas bases. A ciência jurídica buscou apreender o indivíduo como ser concreto e, passando a conhecê-lo, percebe, enfim, sua individualidade. A partir dessa descoberta, alcança-se, finalmente, a noção de que, ao direito dos contratos, não bastando uma concepção abstrata do indivíduo, interessa conhecer os indivíduos e, portanto, sua *alteridade e pluralidade*.

2.2 A teoria contratual contemporânea

A lógica individualista não resistiu ao ser confrontada com a realidade e teve de ser abandonada. A verdade das relações privadas exigiu um tratamento apropriado e coerente. A solução adequada às questões surgidas em razão das disparidades existentes nas relações contratuais concretas e não resolvidas pelo paradigma clássico não seria encontrada, senão pela construção de uma nova disciplina contratual. Tornou-se evidente a necessidade de um processo de materialização, pois somente por meio deste é que o Direito poderia co-

nhecer a realidade das relações sociais e, com isso, os indivíduos nela inseridos.

Surge um sistema que apreende o ser contratante de forma concreta e conhece suas reais necessidades, propondo-se conferir-lhes a tutela jurídica adequada. A opção de conceder relevo à condição social do sujeito destinatário da norma evidencia a construção de um paradigma que se afasta do individualismo e adota a perspectiva de *solidariedade social*.²⁰

A apreensão concreta do indivíduo revelou, ainda, a existência do outro e, com isso, o direito contratual, agora atento a *concretizar relações de igualdade substancial*,²¹ desde logo firma, entre estes, *relações de responsabilidade mútua*.²²

É considerando esses aspectos da mudança da teoria contratual, que se optou por denominar a sua conformação contemporânea como *paradigma da solidariedade*, solidariedade esta entendida aqui como o sentido mesmo que vincula um indivíduo ao grupo social.

A *solidariedade* que marca esse novo método expressa a relevância dada ao destinatário da norma e à sua condição social, assim como o compromisso com a problemática que desse contexto concreto surge, uma vez reve-

20 NEGREIROS, *Teoria...*, p.18.

21 A expressão é de Judith Martins-Costa. (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, t. 1: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações, p. 7).

22 NEGREIROS, op. cit., p.19.

ladas as necessidades reais dos indivíduos. Há, em suma, uma *socialização* do direito privado em resposta à flagrante inadequação do método tradicional individualista e formalista.

Desde logo é possível perceber que a noção de indivíduo segue sendo determinante ao amoldamento da matriz teórica do paradigma contratual. Não é por outro motivo que o ponto de partida da mudança foi a constatação de que o fracasso em solucionar as questões postas pela realidade social devia-se à concepção abstrata do indivíduo contratante, inserido em relações axiomáticamente vazias e apoiadas em presunções.

O processo de concretização da noção de indivíduo a que se propôs a ciência jurídica contratual partiu da verificação de sua *identidade* enquanto ser inserido em determinado *contexto*. Trata-se da visualização *da pessoa concreta em suas concretas circunstâncias*.²³ Tal concreção não se limita, portanto, a apreender o contratante considerado em si mesmo, mas como ser social, inserto na complexa realidade social contemporânea.

É a partir da concreção do indivíduo e da consideração de sua relação com o outro que o direito contratual percebeu as *identidades* dos diversos seres contratantes, concebendo, enfim, as noções de alteridade e de pluralidade. E é a

descoberta da existência do outro, ser também dotado de uma individualidade, que tornou possível, finalmente, a percepção da diferença e, com isso, a apreciação da *desigualdade*. A ciência jurídica contratual procede, portanto, a uma pluralização da subjetividade normativa e passa a conhecer o destinatário da norma, considerado em sua peculiar existência, bem como em sua posição na relação contratual, conhecendo, assim, suas reais necessidades e contingências. Conhecendo a verdade das relações privadas e propondo-se a normatizá-las em face de sua complexidade, esse direito é chamado a exercer tarefas de proteção.²⁴

O direito privado, ao seguir essa *diretriz de concretude*,²⁵ volta-se às reais necessidades humanas, cuja satisfação diz com o substrato da dignidade da pessoa.²⁶ É dessa forma que a *dignidade da pessoa humana* se tornará o eixo do novo paradigma, tomando o lugar que antes era ocupado pela vontade. É essa dignidade, portanto, que reformulará o direito dos contratos, se tornando o centro *valorativo e normativo* do paradigma.

O surgimento de um novo paradigma contratual baseado na *solidariedade* e centrado na proteção da *dignidade da pessoa humana* revela a aproximação do direito privado com o direito

23 A expressão utilizada é de Judith Martins-Costa. (MARTINS-COSTA, op. cit., p. 9).

24 NEGREIROS, op. cit., p.12.

25 A expressão utilizada é de Judith Martins-Costa. (MARTINS-COSTA, *Comentários...*, p. 8).

26 NEGREIROS, *Teoria...*, p.17.

público, o que é conhecido como *processo de constitucionalização do direito civil*.²⁷ Tal compromisso com a ordem constitucional torna evidente o abandono daquela pretensão de neutralidade antes existente e revela uma identidade de fins entre a Carta Constitucional e a ciência jurídica contratual, qual seja, a construção de uma sociedade justa e solidária.

A mudança de paradigma surge, assim, também evidenciada pela consagração de uma *nova ética* fundante das relações privadas, ocasionada pela incidência da normativa constitucional no direito dos contratos, o que ocasiona um aumento do seu quadro valorativo. O *processo de constitucionalização do direito civil* resultou não só na modificação dos seus sistemas conceituais, mas, antes, na alteração de todo o quadro axiológico que informa esse ramo da ciência jurídica.

A trajetória do direito das obrigações rumo a uma nova ética transformou não só os contornos do contrato, mas também a normatividade que o rodeia. A doutrina contratual é embasada em novos valores, como os da dignidade humana e da solidariedade social, e condicionada a observância de novos princípios, inspirados pela incidência da ordem constitucional.²⁸

É com o assentamento dessa sistemática que se concretiza a revolução científica pela consagração de um novo padrão teórico, agora centrado em um novo eixo: a dignidade da pessoa humana. Tendo sido afastadas as noções-base do paradigma clássico, de igualdade presumida e liberdade exaltada, o contrato, modelo jurídico retirado de sua normatização, adquire novas feições. A partir da materialização do ser contratante e do processo de socialização do direito privado, o contrato já não é mais visto como meio de realização do indivíduo e de atuação da sua liberdade. De instrumento individual, passa a instrumento social, servindo como meio a permitir operações de troca úteis e justas.²⁹

Convém salientar que, apesar da teoria voluntarista ter sido superada, a *liberdade* segue como elemento importante no paradigma. A diferença é que ela é concebida de maneira distinta e não mais como algo sobre o que o indivíduo dispõe soberanamente. Com o surgimento dos novos método e ideologia do paradigma contratual, esta concepção de liberdade cai e são conhecidas as verdadeiras circunstâncias nas quais ocorrem as relações contratuais. A liberdade contratual, é certo, não figura mais como ponto de partida meramente abstrato. Constitui, como

27 A título de exemplo, referência na obra de Teresa Negreiros. (Ibidem, p.11).

28 Teresa Negreiros, com base no trabalho de Antônio Junqueira de Azevedo, identifica os princípios da boa-fé, da função social do contrato e do equilíbrio econômico como aqueles que compõem essa nova principiologia. (Ibidem, p.106-114).

29 GHESTIN, Jacques. L'utile et le juste dans les contrats. *Archives de Philosophie du Droit*, v. 26, p. 35-57, 1981.

afirmou a filosofia existencialista, uma “liberdade situada”. Tampouco, serve de justificação à exaltação de uma vontade absoluta, no entanto, segue funcionalizada. A instrumentalização praticada por este paradigma, ao contrário daquela operada pela doutrina clássica, elege fins maiores a serem perseguidos devido ao aumento do quadro valorativo. A liberdade dessa matriz teórica, portanto, passa a ser vista como instrumento de funcionalização dos novos princípios e persecução de objetivos socialmente desejáveis.

Na mesma esteira, com a alteração do paradigma contratual, o Princípio da Autonomia Privada, não passa a ser negado, mas afirmado sob outro fundamento. A autodeterminação individual, vista como um poder de regular os próprios interesses e criar normas a si mesmo, segue a transmutação do eixo teórico do paradigma e encontra sua razão não mais na vontade, mas na dignidade da pessoa humana.³⁰ A autonomia privada ganha, portanto, um fundamento constitucional. E é em razão desse mesmo fundamento que, no paradigma

da solidariedade, esta autonomia encontra limites com o reconhecimento de uma heteronomia, que, na doutrina contratual contemporânea, atinge o contrato tanto em sua formação, como em seu conteúdo e sua eficácia, representando uma intervenção alheia à vontade dos contratantes.

O paradigma clássico, ao assumir o individualismo filosófico, estabeleceu que as limitações à liberdade apenas teriam origem na vontade do indivíduo. A *autonomia*, nessa contextualização normativa, sofria, portanto, mínimas intervenções do ordenamento, as quais não deixavam de ter fundamento na vontade do indivíduo, tendo em vista o *contrato social* que regia a relação existente entre este e o Estado. Essas intervenções, ainda, opunham apenas limites negativos, baseados na ordem pública e nos bons costumes, diretrizes pouco objetiváveis e, em geral, baseadas em idéias morais, políticas, filosóficas e religiosas.³¹ A *heteronomia* do paradigma contemporâneo representa muito da tarefa de proteção assumida pelo direito privado, pois é sob a forma de normas

30 A capacidade de autodeterminação conta com fundamento constitucional, porque é considerada atributo mesmo da dignidade humana, razão pela qual é reconhecida a todos indistintamente. Os cânones da *justiça social*, inspirada na filosofia aristotélica, esclarece por que motivo se considera que a autonomia privada é exigência derivada da dignidade da pessoa humana. (BARZOTTO, Luis Fernando. *Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito*. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 50, p. 19-56, abr./jul. 2003).

31 E, por isso, salienta Orlando Gomes, essas diretrizes eram bastante sujeitas à manipulação pelo pensamento dominante à época. Ao paradigma clássico, na prática, nunca representaram intervenção relevante à liberdade de contratar, tendo se mostrado, ao fim, insuficientes ao permitirem os abusos que denunciaram a insuficiência dessa matriz teórica. (GOMES, *Contrato*, p. 29).

abstratas de caráter cogente ou mandamentos judiciais concretos, que o direito contratual fará valer sua nova normatização, centrada na dignidade da pessoa humana e disposta a consagrar o contrato como instrumento da liberdade e da responsabilidade do indivíduo.³²

E tal sistematização do novo esquema contratual, de afirmação da autonomia privada acompanhada de uma heteronomia atuante, talvez por refletir o cerne do processo de transmutação que houve no paradigma contratual, revela a mais importante faceta da noção de contrato fundada pela nova doutrina: o afastamento do elemento vontade como fator decisivo ao conceito. A extensão do conteúdo da relação obrigacional cessa de ser determinada unicamente pela vontade das partes.³³

Clóvis do Couto e Silva leciona que a relação obrigacional, como uma totalidade orgânica e uma ordem de cooperação, é “[...] formada de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem”³⁴ e que “[...] por ser independente da vontade, a extensão do conteúdo da relação obrigacional já não se mede com base somente

nela, e, sim, pelas circunstâncias ou fatos referentes ao contrato, permitindo-se ‘construir’ objetivamente o *regramento do negócio jurídico, com a admissão de um dinamismo que escapa, por vezes, até mesmo ao controle das partes*”.³⁵

A noção dinâmica de Couto e Silva, que trata da relação obrigacional como um sistema de processos, que se encaixa e se desdobra em direção à satisfação dos interesses de ambas as partes contratantes, em verdade, traduz com primazia a concepção de contrato segundo as novas diretrizes do paradigma contratual da solidariedade: uma relação obrigacional que não mais se esgota no dever de prestar e no correlato direito de exigir a prestação³⁶ e que tem a cooperação como elemento nuclear, pois somente ela tornará possível a efetivação de um contrato útil e justo.

2.3 A justiça no paradigma da solidariedade

A desmistificação do paradigma clássico, que atribuía à vontade uma certa função de justiça, dado que se considerava tudo o que fosse voluntaria-

32 GHESTIN, L'utile..., p. 44.

33 Orlando Gomes afirma que a reconstrução do sistema contratual é “orientada no sentido de libertar o conceito de contrato da idéia de autonomia privada e admitir que, além da vontade das partes outras fontes lhe integram o conteúdo.” (GOMES, op. cit., p. 19).

34 SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Porto Alegre, 1964, p. 8.

35 SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 42.

36 ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 63.

mente estabelecido necessariamente justo, e a consolidação de um novo paradigma, baseado na dignidade humana e proposto à sua tutela, permitiram a reinserção da *justiça* na relação contratual.

A concepção *social* de contrato e o compromisso com a ordem constitucional revelaram que a nova disciplina contratual não se contentaria com a concepção de justiça da doutrina clássica. Desde logo, ao perceber a inadequação do método oitocentista e passar a preconizar o indivíduo concreto, bem como suas reais circunstâncias, o nascente paradigma contratual revelou seu compromisso com uma verdadeira justiça substancial. É dessa forma que foi conferida nova razão de existir ao contrato e, assim, restabelecida sua justificação, baseada na necessária justiça de uma relação de troca.

É a preocupação com o equilíbrio nas relações contratuais que revelará o retorno da justiça corretiva ou comutativa aristotélica ao direito das obrigações.³⁷ Aristóteles assentava sua teoria na noção de equidade e afirmava que “a justiça nas relações privadas é de fato uma espécie de igualdade”.³⁸ Assim, é o ideal de igualdade substancial que, ao inspirar a noção de paridade,

informará a concepção de justiça do paradigma da solidariedade.

Neste novo sistema, há, portanto, um parâmetro concreto de justiça e este é informado pela noção de *equidade*, entendida como igualdade (ou equilíbrio, especialmente ao se tratar das relações de troca). *Justa* é a relação contratual que apresente um equilíbrio substancial. *A ênfase na liberdade sucede a ênfase na paridade*.³⁹ Como se pode perceber, o conceito de justiça contratual sofre profunda transformação e reaproxima-se da tradição filosófica resgatando a teoria aristotélico-tomista de justiça.⁴⁰

A nova disciplina das obrigações, ao afastar-se da igualdade presumida e da vontade exaltada, tornou possível a averiguação substancial de paridade, no passado tornada inútil pela concepção clássica. A *diretriz de concretude* e o compromisso do paradigma com a igualdade substancial possibilitaram a verificação de disparidade entre as partes, ao passo que a desmistificação da vontade permitiu a verificação desta disparidade no conteúdo negocial, o qual não mais revelaria necessariamente o *justo*, ainda que voluntário.

Ao contrário do que se destacou na análise feita acerca da justiça na teoria

37 Importa anotar que o termo “justiça comutativa” surgiu apenas posteriormente, quando Tomás de Aquino conferiu continuidade à tradição aristotélica acrescentando-lhe elementos da tradição jurídica romana. GORDLEY, Contract..., p. 265.

38 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução do grego, introdução e notas Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 97.

39 NEGREIROS, *Teoria...*, p.158.

40 Jacques Ghestin sustenta que justiça contratual é uma aplicação particular da justiça corretiva aristotélica. (GHESTIN, L'utile..., p. 46).

oitocentista, nesse paradigma, ela é *interior* e *anterior*. *Interior* porque é a razão de ser da relação de troca e deve nela figurar, bem como porque o exame do justo adentra a concreta relação existente entre as partes contratantes e considera o seu conteúdo obrigacional. E, ainda, *anterior*, porque há um parâmetro concreto de justiça a permitir uma afirmação prévia do que é o justo contratual a partir do critério aristotélico.

A justiça contratual não só é tornada relevante no novo paradigma, como é trazida ao interior do seu sistema teórico compondo a sua normatividade e determinando a configuração dos seus conceitos. Exemplo disso é a fundamental modificação da noção de *força obrigatória* dos contratos, expressada na revisão de seu fundamento, uma vez alterada a justificação das relações privadas de troca.

Jacques Ghestin, ao sustentar a sua tese sobre a justiça e a utilidade nos contratos, destaca que o útil e o justo são os fundamentos da sua força obrigatória: "*Le juste et l'utile sont les fondements mêmes de la force obligatoire du contrat, ...*".⁴¹

Inspirado na igualdade substancial, o novo paradigma gerou uma noção de contrato que estabelece a paridade co-

mo exigência à sua própria conformação. Destarte, maculada a necessária justiça contratual pela quebra do equilíbrio ou da comutatividade, legitima-se a intervenção estatal para corrigir o distúrbio ocorrido em seu equilíbrio. A *obligatoriedade*, antes repousada exclusivamente na vontade das partes, passa a ter como elemento determinante também a justiça contratual. Assim, o *contrato é lei entre as partes, desde que* condizente com os novos valores e a nova ideologia do sistema.

A alteração do fundamento do princípio da força obrigatória resultou na alteração de um dos seus corolários, a absoluta imodificabilidade do contratado.⁴² A intervenção no contrato por meio de ato heterônomo passa a ser imprescindível para o paradigma, que cuida de corrigir a disparidade e restabelecer a relação de igualdade quando esta, eventualmente, restar abalada na relação negocial, em conformidade com os ditames da justiça corretiva.

Conforme se percebe, a atuação da justiça aristotélica passa a ser não só possível, mas decorrência necessária da sistemática do novo paradigma contratual, tendo em vista sua opção por concretizar relações de igualdade substancial. O essencial no contrato deixa de ser a manutenção absoluta da vontade

41 GHESTIN, L'utile..., p. 40.

42 SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de. *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 90.

inicial e passa a ser a conformidade com a justiça corretiva.⁴³

Diante do exposto, é possível concluir que o paradigma da solidariedade, ao proceder a uma apreensão concreta do indivíduo e erigir como seu centro a dignidade da pessoa humana, assumindo tarefas de proteção, não só redescobre o ser contratante conferindo-lhe a devida importância, como reaproxima as noções de contrato e comutatividade.

II. EQUILÍBRIO E JUSTIÇA NO CONTRATO SEGUNDO O PARADIGMA DA SOLIDARIEDADE

Após analisar a evolução do paradigma contratual e esquadriñar a sua disciplina jurídica contemporânea, identificando seu ampliado quadro valorativo e compromisso com o projeto social constitucional, é possível a correta percepção da figura do contrato como ele é, ou deveria ser visto, hoje. Superada essa primeira parte da exposição, destinada ao exame das bases para a análise crítica e proposição que seguem, passa-se ao estudo daquilo que é nuclear ao presente trabalho: a análise do que se entende por *justiça contratual*, por meio da contestação de sua identificação tão somente com o equilíbrio econômico do contrato.

1. O equilíbrio como elemento determinante da justiça contratual

No âmbito do paradigma da solidariedade, a noção de *equilíbrio* se revela imprescindível para a correta apreensão da nova racionalidade jurídica da técnica contratual. Quando firmados os novos ideais de igualdade substancial e solidariedade social, restaram superadas as noções de autonomia da vontade e liberdade contratual pretensamente ilimitada como razão explicativa da vinculabilidade contratual. Surge uma nova forma de perceber o contrato, da qual resta inafastável a verificação do “justo concreto”. É a noção de *equilíbrio* que define a concepção de justiça contratual ao reproduzir, na relação entre os contratantes, a idéia de equidade ou igualdade, na qual se assenta a teoria aristotélica de justiça.

O *equilíbrio substancial* passa a representar, portanto, a *medida de justiça* no contrato. Destarte, para uma compreensão correta do justo contratual, é preciso compreender o que é esse equilíbrio, em geral, objeto de escassas referências na doutrina contratualista.

Apesar de a noção de “equilíbrio” ter surgido na antigüidade,⁴⁴ ela ganhou diferentes significações ao longo da história, em conformidade com o pensa-

43 SILVA, Luís Renato Ferreira. As causas de revisão pelo juiz e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 11, p. 145-164, 1996, p. 151.

44 MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 89.

mento dominante a cada época.⁴⁵ Esteve bastante presente na teoria aristotélica de justiça,⁴⁶ que parte da idéia de igualdade, tida como uma relação entre dois termos e não como uma simples qualidade de igual.⁴⁷ O filósofo estágita, ao tratar da justiça nas relações privadas, assevera que a lei deve tratar as partes como iguais atentando apenas ao cometimento da injustiça por parte de uma em detrimento da outra, isto é, para a causação do dano, restando ao juiz realizar a correção desse desequilíbrio buscando restabelecer a igualdade abalada.⁴⁸

No atual estágio da ciência contratual, deve-se considerar que o *desequilíbrio* encontra dois campos de atuação no contrato. Por um lado, este mais

evidente, manifesta-se na relação entre as prestações intercambiadas, isto é, na equação econômica da avença. Por outro, revela-se na relação entre direitos e deveres atribuídos a cada parte, ou seja, na carga obrigacional do ajuste.

O *desequilíbrio econômico* pode ser genético ou funcional, de acordo com o momento em que surge, atingindo, portanto, o sinalagma – ou quando da formação e conclusão do contrato ou em momento posterior. A legislação brasileira, confere fundamento às figuras da lesão,⁴⁹ no primeiro caso, e da quebra da base⁵⁰ ou da onerosidade excessiva⁵¹ no segundo.

O *desequilíbrio normativo*, por sua vez, diz com outro tipo de sinalagma e requer a visão da relação contratual

45 Nesse sentido, Ronaldo Porto Macedo Jr., que destaca a necessidade do juízo de equilíbrio ser flexível e adaptável à mudança social. (Ibidem, p. 91).

46 Conforme nota, em sua obra, Ernest J. Weinrib: “Because Aristotle conceptualizes violations of corrective justice as disturbances of the equality between the parties, he rests the entire normative weight of corrective justice on that equality. Consequently, we cannot understand the normative character of corrective justice until we elucidate the normative significance of its equality”. (WEINRIB, *The idea...*, p. 76-77).

47 MÁYNEZ, Eduardo García. *Doctrina aristotélica de la justicia: estudio, selección e traducción de textos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1973, p. 80.

48 ARISTÓTELES, *Ética...*, p. 97.

49 A lesão foi recebida pelo ordenamento brasileiro no Código de Defesa do Consumidor, no art. 6º, inc. V, 1ª parte, e no Código Civil de 2002, art. 157. (MARTINS-COSTA, Judith. A revisão dos contratos no Código Civil Brasileiro. *Rivista Roma e America. Diritto Romano Comune*, n. 16, 2003, p. 135 et. seq.).

50 A Teoria da Base Objetiva, após ser acolhida e desenvolvida pela jurisprudência dos tribunais brasileiros, restou positivada no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 6º, inciso V, segunda parte. (Ibidem, p. 135 et seq.).

51 A Teoria da Onerosidade Excessiva embasa a redação do artigo 317 do CC/02 e está disciplinada nos artigos 478/480 da mesma lei. (Ibidem, p. 135 et seq.).

como uma totalidade,⁵² de modo a se analisar a proporcionalidade entre direitos e deveres dos contratantes na conformação do conteúdo negocial.⁵³ Trata-se aqui do fenômeno das cláusulas abusivas, que, por seu fundamento no princípio da boa-fé objetiva, atinge tanto o direito comum, como o direito do consumidor.⁵⁴ Este desequilíbrio, em comparação ao econômico, adquire matiz subjetiva ao considerar-se que sua causa refere-se tão somente à relação existente entre as partes, ou melhor, à *prevalência de uma parte sobre a*

*outra*⁵⁵ em decorrência da disparidade entre seus poderes negociais, tratando-se de caso de abuso de uma situação fática de superioridade.⁵⁶ Assim, se ambos os desequilíbrios podem ser reprimidos pelo princípio da boa-fé objetiva (pela incidência de sua função corretora do desequilíbrio contratual)⁵⁷, este tem seu fundamento de repúdio especificamente em sua normativa, em especial, pela eficácia negativa de sua incidência, a impor limites fundados na proibição genérica de abuso de dada posição jurídica.^{58,59}

52 SILVA, C. V. C., *A obrigação...*

53 De modo semelhante, Fernando Noronha, apoiado em Karl Larenz, chama atenção para o fato de a *justiça substancial objetiva* poder ser encarada sob dois prismas: o princípio objetivo de *equivalência entre prestação e contraprestação* e o princípio da *distribuição eqüitativa (ou justa) de ônus e riscos*, que, segundo o autor, trata da repartição de benefícios e encargos entre as partes no contrato. (NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 222-224).

54 Identificam esse fundamento às cláusulas abusivas, entre outros: AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6, p. 27-33, abr./jun. 1993. p. 31. e SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos*: do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 52-55.

55 Ibidem, p. 43.

56 A lesão, apesar de visar também ao combate à exploração da contraparte (aspecto subjetivo), é instrumento que se dedica com primazia à tutela da equivalência entre as prestações (aspecto objetivo), face da qual jamais se apartou em sua história.

57 MARTINS-COSTA, Mercado..., p. 611-661.

58 SILVA, L. R. F., op. cit., p. 54.

59 Joaquim de Souza Ribeiro trata com profundidade do que denomina distintas dimensões aplicativas da boa-fé. Destaca o autor que a boa-fé sofreu alteração metodológica e de paradigma normativo ao dar um “salto qualitativo para uma nova função” e evoluir de norma basicamente comportamental, que orienta a conduta das partes, à norma valorativa da posição assumida por estas, que incide diretamente sobre as estipulações contratuais fixando seus limites de validade. (RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O problema do contrato*: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999, p. 550).

2. O equilíbrio contratual como equilíbrio econômico e normativo – noção de justiça contratual apropriada ao paradigma da solidariedade

É possível que se considere que a diferenciação ora proposta, tida como imprescindível a uma correta apreensão da noção de *justiça contratual*, seja uma questão simples e já resolvida em nosso ordenamento a partir da superação do paradigma voluntarista. De fato, é de se admirar que a maioria dos juristas e, entre estes, grandes doutrinadores, ao se dedicarem ao tema do contrato, deixem de considerar tal diferenciação, apresentando uma noção bastante restrita do que seja a justiça contratual. Percebe-se, a partir desse quadro, que o tema, ainda que basilar ao paradigma da solidariedade e essencial à sua realização, carece de tratamento adequado.⁶⁰

Teresa Negreiros, autora de uma das mais apuradas obras que tratam dos paradigmas contratuais, sua evolução e conformação atual, de maneira irrepreensível, aproxima a idéia de justiça contratual a de *equilíbrio, equidade e proporcionalidade*.⁶¹ Ao analisar este equilíbrio, contudo, identifica-o tão somente com a relação entre as prestações recíprocas.⁶² A autora torna claro, portanto, que a sua concepção de justiça no contrato é formulada apenas à luz do princípio do equilíbrio econômico⁶³, razão pela qual dedica a sua análise exclusivamente ao instituto da lesão, tido por ela como um dos mais perfeitos símbolos de valorização da justiça contratual.

Caio Mário da Silva Pereira, de igual sorte, identifica o problema da lesão como “a questão da justiça no contrato”,⁶⁴ chegando a afirmar que a lesão e a justiça se entrelaçam de tal forma que equacionar aquela seria deduzir a fórmula desta.⁶⁵

60 Assim sendo, este estudo não traz a pretensão de revolucionar a concepção de justiça, mas apenas propõe uma análise mais detida sobre a temática, de modo a adequá-la aos preceitos do paradigma contratual contemporâneo, procurando demonstrar a importância de uma correta percepção do equilíbrio contratual para se alcançar uma apropriada noção de justiça nas relações privadas de troca.

61 NEGREIROS, *Teoria...*, p. 155.

62 O que se percebe claramente a partir desta conclusão: “Com efeito, a noção de equilíbrio no contrato traz para o seio da teoria contratual a preocupação com o justo, entendido tal valor sob a ótica acima definida, isto é, o justo como sendo um critério paritário de distribuição dos bens.” (NEGREIROS, *Teoria...*, p. 166).

63 O título conferido à seção do capítulo dedicado ao tema da justiça no contrato não deixa dúvidas acerca da correção dessa afirmação: “*Justiça no contrato: o princípio do equilíbrio econômico*”. (Ibidem, p. 154).

64 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. X.

65 No original, “Ora, em última análise, o problema da lesão vai confinar com aquele outro muito mais grave – o da justiça – e de tal forma se entrelaçam que equacionar o primeiro é deduzir a fórmula do segundo.”. (Ibidem, p. XIX).

Nesses casos de limitada noção de justiça, verifica-se, contudo, que não há uma instantânea conexão entre justiça contratual e proporção nas prestações. Não ocorre uma peremptória afirmação e enérgica sustentação dessa tese pela equivalência entre justiça contratual e equilíbrio econômico. Em um primeiro momento, corretamente, é identificada a íntima ligação entre justiça e paridade, equilíbrio;⁶⁶ é somente na percepção do que é esse equilíbrio e, em seguida, na desconsideração de sua faceta normativa que, ao final, opera-se a afirmação de que este equilíbrio é tão somente econômico.⁶⁷ Trata-se, portanto, de uma insuficiente abordagem do tema, que, ao fim, redundará em uma limitada concepção da justiça contratual e não de uma séria proposição por uma concepção mais restrita de justiça, a rechaçar a consideração da proporção entre direitos e deveres assumidos pelas partes como espécie de equilíbrio do contrato.

Ocorre que a concepção de justiça, quando limitada ao equilíbrio econômico, é insuficiente à efetivação da vocação protetiva do paradigma da solidariedade, dado que escapam à sua compreensão situações de injustiça contratual, quais sejam, aquelas em que a paridade nas prestações convive com a disparidade entre direitos e deveres dos contratantes.

São exemplos o caso de um contrato de consórcio que, sem fixar prestação desproporcional ao preço de mercado, impõe cláusula que subtrai a opção de reembolso da quantia já paga pelo consorciado, ou, ainda, no caso de um contrato de compra de produção agrícola, sob a égide do qual não há desvantagem econômica para nenhuma das partes, mas a disparidade entre direitos e obrigações é explícita em cláusula unilateralmente redigida que transfere todos os riscos e responsabilidades ao produtor vulnerável.

Sendo à concepção econômica de justiça impossível a percepção desse tipo de desequilíbrio e dessa modalidade de injusto contratual, sobrevêm duas situações conseqüentes: ou o quadro injusto será ignorado e deixar-se-á de conferir-lhe tratamento, ou o mesmo quadro será erroneamente equiparado a uma disparidade econômica (ainda que haja perfeito equilíbrio entre as prestações) e receberá, por óbvio, o inadequado tratamento.

O compromisso do novo paradigma com a tutela dos contratantes e a promoção de relações substancialmente justas, trouxe à análise a questão da liberdade dos indivíduos e os efeitos que podem acarretar a desigualdade entre eles, ou seja, a disparidade de seus poderes negociais. Essa disparidade

66 Teresa Negreiros, antes citada por sustentar a concepção de justiça que ora se critica, identifica a “*noção de paridade como elemento essencial ao conceito de justiça*”. (NEGREIROS, op. cit., p. 165).

67 A exemplo, é o que ocorre na abordagem realizada por Teresa Negreiros. (Ibidem, p. 154-205).

geralmente causará o injusto no contrato e tal injusto poderá expressar-se tanto na mácula ao equilíbrio das prestações, como no estabelecimento de um conteúdo negocial manifestamente desvantajoso para a parte débil; ou, ainda, poderá redundar em ambas as manifestações, devendo cada uma receber o tratamento adequado.

A compreensão da justiça contratual como paridade econômica não só evidencia uma noção restrita e insuficiente ao padrão do paradigma da solidariedade, como obsta uma inteira identificação do injusto no contrato, uma vez que formas de injustiça escapam a essa limitada análise. Tal restrita concepção, que percebe apenas o desequilíbrio na díspar troca de prestações e ignora a repartição de direitos e deveres no contrato, acarreta, portanto, a incompreensão de certas situações que requerem intervenção e, por isso, o seu inadequado tratamento. Verifica-se, destarte, que a noção de justiça limitada ao equilíbrio contratual econômico é desapropriada ao paradigma contemporâneo, posto que impede a realização do seu ideal de justiça substancial.

A consideração da justiça tão somente como a paridade econômica, isto é, da injustiça a ser corrigida como a disparidade nas prestações, restringe, em geral, a análise dos doutrinadores ao instituto da *lesão* e põe à margem o fenômeno das *cláusulas abusivas*. Dessa forma, parcela importante da

manifestação de injustiça no contrato, expressão do desequilíbrio normativo, é desconsiderada, o que torna insuficiente a atual compreensão da *justiça contratual* e impróprio seu tratamento.

Restando marginalizado o fenômeno das cláusulas abusivas ao se tratar da noção de justiça no contrato, o seu tratamento torna-se confuso. Esta é relevante consequência da posição doutrinária que ora se critica e revela a sua incorreção. Sem conceber a faceta normativa do equilíbrio contratual e limitar sua visão de paridade e, portanto, de justiça, ao equilíbrio econômico, a doutrina encontra dificuldades em distinguir, no âmbito das relações de consumo, o fenômeno das cláusulas abusivas e a figura da *lesão*, o que determina a dispensa de um tratamento inadequado. Esta confusão entre *lesão* e abusividade é tão reveladora do desajuste da limitada noção de equilíbrio contratual segundo o paradigma da solidariedade, que o tratamento dessas duas questões, isto é, de uma e outra diferenciação se confundem.

Dessa forma, a desconsideração do equilíbrio contratual normativo não só ocasiona uma insuficiente concepção de justiça, como impede a efetivação dos objetivos de justiça substancial do novo paradigma contratual em razão da falta de adequação no tratamento do injusto.

A exemplo, Anelise Becker, que, por conceber a justiça contratual como o equilíbrio patrimonial da avença,⁶⁸ afirma

68 Posição que se evidencia nesta afirmação: “Nesse sentido compreende-se hoje a *justiça contratual*, que exige que o contrato não destrua o equilíbrio que existia

que “[...] não há como estabelecer uma diferença necessária entre cláusulas abusivas e lesão” e ressalva:

[...] ainda que viável uma tal distinção, entre nós, diante do regime da lesão instituído por nosso Código de Defesa do Consumidor, não apresentaria interesse significativo, pois, da maneira como se encontra redigido, esse Código necessariamente inclui a lesão entre as cláusulas abusivas.⁶⁹

A autora fundamenta essa afirmação no §1º do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, que define “*vantagem exagerada*” para o fornecedor como aquela que “restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual” (inciso II), ou que “se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso” (inciso III).⁷⁰

Por entender que o equilíbrio contratual se restringe ao plano econômico, Anelise Becker vê, em tais disposições, um fundamento para o entendimento de que *não há como e não há porque* fazer uma distinção entre o instituto da lesão e o fenômeno das cláusulas abusivas. Porém, ao contrário do que sustenta a autora, é *possível e necessário* estabelecer tal diferenciação, tendo em vista que se trata de duas formas de injusto no contrato a requererem tratamento distinto.

Para o bom entendimento dessa distinção, é preciso apenas bem compreender o equilíbrio contratual e suas formas de manifestação. Ela se torna *possível*, portanto, com a clara apreensão de que o instituto da lesão encontra relação com o equilíbrio econômico no contrato, manifestado pela proporção entre as prestações, ao passo que as cláusulas abusivas referem-se ao equilíbrio normativo, revelado na conformação obrigacional da avença. Anelise Becker somente afirma que não há

anteriormente entre os patrimônios, o que implica que cada uma das partes receba o equivalente ao que haja dado, exigência que será mais rigorosa naqueles campos da vida em que gravemente comprometido o equilíbrio de forças entre co-contratantes.” (BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 58).

69 Ibidem, p. 106.

70 Caio Mário da Silva Pereira, em sua obra *Lesão nos Contratos*, apesar de sustentar a concepção restrita de justiça contratual ora criticada, não vai tão longe ao realizar semelhante análise, identificando estritamente a previsão da lesão no CDC em seu artigo 6º, inciso V. Não deixa, ainda, de destacar o tratamento diferenciado a esse instituto referindo que a lesão não conduz necessariamente à invalidade do contrato, mas autoriza a sua sobrevivência com redução de proveito. Ao comentar as práticas (art. 39, CDC) e cláusulas abusivas (art. 51, CDC), apenas refere uma “aproximação notória” entre a figura da lesão e da abusividade. (PEREIRA, *Lesão...*, p. 210-213).

como se operar a diferenciação entre as figuras das cláusulas abusivas e da lesão, porque, preliminarmente, sua concepção restrita de justiça contratual a impede de perceber com clareza as diferentes formas de manifestação do desequilíbrio que cada uma expressa.⁷¹ Considerando-se a distinção entre os equilíbrios contratuais, portanto, torna-se *possível* a diferenciação entre as figuras da lesão e cláusulas abusivas.

A *necessidade* da medida é ainda mais evidente, pois não requer que, previamente, o intérprete perceba a existência de dois campos de atuação do equilíbrio no contrato. Trata-se, simplesmente, de atentar aos conceitos de cada figura. A equiparação entre a lesão e a abusividade de cláusulas não é possível e, assim, a sua distinção é imprescindível, porque a presença de cláusulas abusivas em um contrato não tem o condão de torná-lo, como um todo, lesionário.⁷² Tal conduziria ao desvirtuamento do conceito de lesão e significaria afirmar que cláusulas como as que

transferem responsabilidade a terceiros, estabelecem a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor ou possibilitam a violação de normas ambientais, dizem com a relação de proporção entre as prestações assumidas pelas partes, ou seja, com o equilíbrio econômico do contrato.⁷³

A distinção entre os desequilíbrios econômico e normativo mostra-se, inserida nessa discussão, ainda mais essencial. A verificação do equilíbrio ou do desequilíbrio do contrato deve partir da análise do negócio como um todo unitário. A proporção entre as prestações assumidas pelas partes pode restar incólume, enquanto o restante das cláusulas contratuais demonstra uma conformação obrigacional incompatível com a igualdade e, portanto, injusta.

Considere-se, a título de exemplo, os contratos bancários de abertura de conta corrente universitária, que, em geral, são aqueles que oferecem as tarifas mais econômicas do mercado. Não há, por certo, desvantagem econômica

71 Sua visão limitada ao equilíbrio econômico está evidenciada na seguinte afirmação: "Ora, o equilíbrio contratual é dado, fundamentalmente, pelo equilíbrio entre prestação e contraprestação." (BECKER, *Teoria...*, p. 58).

72 Como quer Anelise Becker quando afirma: "Considere-se, ainda, que um conjunto de cláusulas abusivas pode tornar o contrato, *como um todo*, lesionário. Assim, é preciso comparar *in totum* os direitos e obrigações assumidos pelas partes a fim de concluir acerca do equilíbrio ou desequilíbrio do negócio. A verificação do desequilíbrio deve ter em mira *a totalidade do contrato*, pois a desproporção entre prestação e contraprestação pode não existir, por parecerem equilibradas, e não obstante, haver aproveitamento em virtude de vantagens excessivas nas circunstâncias de tempo, lugar, modo ou outras cláusulas do contrato." (Ibidem, p. 107).

73 Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), artigo 51, incisos III, VI e XIV, em ordem de referência no texto.

ao estudante aderente e, no entanto, é muito comum a oposição de cláusulas que denunciam flagrante desequilíbrio entre direitos e deveres das partes, tais como aquelas que implicam renúncia de direitos ou autorizam a outra parte a modificar unilateralmente o conteúdo do contrato.⁷⁴ Em razão da promoção, pelo agente mais forte, de esquema contratual a si excessivamente vantajoso a partir do aproveitamento da sua posição de supremacia na negociação, a igualdade substancial da relação é maculada e, destarte, o pacto é injusto.

O paradigma da solidariedade, sem dúvida, atestaria a ocorrência de injustiça em tal contrato, dado que é contrário aos ditames do seu compromisso com a igualdade substancial e, no entanto, tal conclusão os defensores da justiça restrita ao equilíbrio econômico não poderiam alcançar. A injustiça, portanto, não se restringe ao desequilíbrio econômico, tendo em vista que a atual racionalidade da ciência contratual, de concretude e socialidade, permitiu a percepção de outros meios de mácula à igualdade. Com efeito, tantas serão as modalidades de injustiça contratual, quantas forem as formas de perturbação da igualdade ou equilíbrio existentes em seu âmbito.

A ciência jurídica contratual, tendo assumido a conformação determinada

pela racionalidade do paradigma da solidariedade, reconheceu que a atuação da vontade livre não conduz a uma necessária relação justa de troca ao perceber que a desigualdade real entre os indivíduos dá lugar ao abuso de poder econômico, visto como um abuso de situação que permite a uma das partes impor suas condições à outra.⁷⁵ Neste cenário, é inconcebível que não se diferencie os desequilíbrios representados pela lesão e pela abusividade nas cláusulas contratuais.

Em suma, percebe-se que a análise do contrato tendo em vista apenas a noção de equilíbrio econômico impede uma suficiente percepção do injusto que pode lhe acometer, o que ocasiona o inadequado tratamento deste e, portanto, impede a justiça comutativa (corretiva) de ser realizada em sua plenitude. Apenas uma mais aprofundada concepção de equilíbrio contratual, de modo a compreender também a sua faceta normativa, permitiria a efetivação do ideal de justiça que caracteriza o paradigma da solidariedade. Considerando o que já foi exposto acerca dos moldes da atual ciência jurídica contratual, resta evidente que tal limitada análise de equilíbrio e justiça impede, ao final, a correta compreensão do que seja mesmo o contrato segundo o atual paradigma.

74 Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), artigo 51, incisos I e XIII, em ordem de referência no texto.

75 GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil. Le contrat: formation*. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1988, p. 685.

O desconhecimento do equilíbrio contratual normativo revela uma compreensão que ainda se prende aos moldes do paradigma superado. As propostas da nova concepção de contrato, pela apreensão concreta das relações entre os indivíduos e promoção de um parâmetro substancial de justiça, implica que seja revista também essa noção de equilíbrio contratual, sob pena do pensamento científico não acompanhar suas pretensões. De nada adianta pretender promover uma justiça substancial, que alcance as reais injustiças das relações de troca, se antes não se ajusta a própria concepção de paridade contratual.

Jacques Ghestin não só realiza a diferenciação entre os equilíbrios econômico e normativo, como afirma a distinção entre as figuras da lesão e das cláusulas abusivas. O autor corrobora o entendimento de que a interdição dessas cláusulas é reflexo da mudança de racionalidade da ciência jurídica contratual ao afirmar que a sua eliminação implica a rejeição da crença na igualdade abstrata entre as partes, que sustentou o dogma da autonomia da vontade, e a afirmação de uma concepção mais realista do contrato, que considera a desigualdade real existente entre os contratantes, especialmente nas relações de consumo.⁷⁶

Ao tratar da abusividade de cláusulas contratuais, J. Ghestin esclarece a existência de dois critérios essenciais para a sua configuração, o abuso de poder econômico e a vantagem excessiva de uma das partes, e afirma que retrata, mais precisamente, um abuso de situação que permite a uma das partes impor suas condições à outra.⁷⁷ Destaca que não se trata de corrigir um defeito de equivalência do objeto do contrato e seu preço,⁷⁸ mas de eliminar cláusulas acessórias suscetíveis de romper em favor de uma das partes o equilíbrio global da convenção. Afirma, destarte, que tal figura se distingue da lesão “no sentido técnico do termo”.⁷⁹

O autor conclui, por fim, que há, em ambos os casos, uma ofensa direta à justiça contratual, e que a diferença está no objeto do abuso, que, na lesão, se trata do objeto principal do contrato e valor objetivo das prestações trocadas, enquanto, nas cláusulas abusivas, recai sobre as cláusulas acessórias concernentes, sobretudo, à execução do contrato, tratando-se de um desequilíbrio de direitos e obrigações.⁸⁰

Ronaldo Porto Macedo Jr., ao tratar do tema *equilíbrio e racionalidade* e adentrar na temática da justiça contratual, define o equilíbrio como *regra de julgamento do Direito Social*⁸¹ e

76 GHESTIN, *Traité...*, p. 148.

77 Ibidem, p. 685.

78 Ibidem, p. 675.

79 Ibidem, p. 622.

80 Ibidem, p. 686.

81 MACEDO JÚNIOR, *Contratos relacionais...*, p. 88.

medida substantiva de reciprocidade no contrato.⁸² Macedo Jr., diante disso, destaca a importância que a avaliação de justiça tem hoje no âmbito do direito contratual sem fazer referência à proporção entre as prestações intercambiadas, mas genericamente destacando a *aplicação do princípio de boa-fé como mecanismo de controle e mitigação das vantagens excessivas, do abuso de poder ou da situação desvantajosa de uma das partes*.⁸³ Destaca o autor que, na modernidade, diferentemente da concepção platônica, o equilíbrio não define uma essência, mas uma concepção polêmica e pragmática de justiça.⁸⁴ Ao expor seu entendimento, explicita que o equilíbrio contratual tem uma dimensão formal, atinente à regularidade das cláusulas obrigacionais, e outra substancial, que se refere à excessiva onerosidade econômica.

Alberto do Amaral Jr., por sua vez, realiza a distinção entre as noções de equilíbrio entre prestações e entre direitos e deveres ao afirmar a impossibilidade de corretamente se compreender a abusividade se esta não for considerada segundo a noção de equilíbrio de posições contratuais, identificável no

complexo de direitos e obrigações das partes resultante da celebração do contrato.⁸⁵ E, após analisar o controle das cláusulas abusivas pelo princípio da boa-fé, conclui que o equilíbrio aí preconizado se trata de equilíbrio de posições contratuais, isto é, de equilíbrio da carga obrigacional da avença.⁸⁶

Já Cláudia Lima Marques ressalva explicitamente que a concentração apenas no desequilíbrio econômico do contrato de consumo evidencia uma visão limitada da noção de equidade contratual (*Vertragsgerechtigkeit*) oferecida pelo CDC e pelo princípio da boa-fé objetiva.⁸⁷ A autora define a abusividade da cláusula contratual como o “desequilíbrio ou descompasso de direitos e obrigações típicos àquele contrato específico, a autorização de abuso no exercício da posição contratual preponderante.”⁸⁸ Cláudia Lima Marques, portanto, conhece a diferenciação entre as distintas manifestações do desequilíbrio contratual aqui proposta e reconhece a importância de tal distinção.

Antônio Junqueira de Azevedo, por sua vez, destaca: “[...] até mesmo no direito brasileiro, em que há confusão entre desequilíbrio econômico e dese-

82 Ibidem, p. 87.

83 Ibidem, p. 89-90.

84 Ibidem, p. 89.

85 AMARAL JÚNIOR, A boa-fé..., p. 31.

86 Ibidem, p. 31.

87 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 134.

88 MARQUES, *Contratos...*, p. 82.

quilíbrio de direitos e deveres, as duas hipóteses, *in concreto*, não podem ser tratadas da mesma forma.”⁸⁹ Operando sobre essa noção mais aprofundada de equilíbrio contratual, o autor não encontra dificuldades em identificar as distintas manifestações de injustiça no contrato. Aduz que a lesão versa sobre desequilíbrio econômico entre prestação e contraprestação, enquanto as cláusulas abusivas, em princípio, se referem a desequilíbrio de direitos e deveres.⁹⁰

Para apresentar essa compreensão de equilíbrio contratual e destacar sua importância, A. Junqueira de Azevedo lança mão da redação de dispositivos de leis estrangeiras que, ao contrário da legislação brasileira, tratam do tema com clareza demarcando tal diferenciação. Aponta dois trechos do artigo 1.469 do Código Civil italiano, o art. 1.469 *bis*, que define

[...] no contrato concluído entre o consumidor e o profissional, que tem por objeto cessão de bens ou prestação, consideram-se vexatórias as cláusulas que, malgrado boa-fé, determinam, a cargo do consumidor, desequilíbrio de direitos e deveres derivados do contrato.

E o art. 1.469 *ter*, n. 2, que explicita ainda mais:

A avaliação do caráter vexatório da cláusula não diz respeito à determinação do objeto do contrato nem à adequação do correspondente dos bens e serviços, desde que esses elementos estejam individualizados de modo claro e compreensível.

E contrapõe, ainda, outros dois trechos do art. L. 132-1 do *Code de la Consommation* francês, o art. L. 132-1, 1ª alínea, que enuncia:

[...] nos contratos concluídos entre profissionais e não profissionais ou consumidores, são abusivas as cláusulas que têm por objeto criar, em detrimento do não-profissional ou consumidor, um desequilíbrio significativo entre os direitos e obrigações das partes no contrato.

E o art. L. 132-1, 7ª alínea, que acrescenta:

A apreciação do caráter abusivo das cláusulas no sentido da 1ª alínea não se refere nem à definição do objeto principal do contrato nem à adequação do preço ou de remuneração do bem vendido ou do serviço oferecido.

Ademais, ainda na esteira do direito comparado, a Diretiva n.º 13, de

89 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (parecer) A lesão como vício do negócio jurídico. A lesão entre comerciantes. Formalidades pré-contratuais. Proibição de *venire contra factum proprium* e ratificação de atos anuláveis. Resolução ou revisão por fatos supervenientes. Excessiva onerosidade, base do negócio e impossibilidade da prestação. In _____. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 116.

90 *Ibidem*, p. 115-116.

5.4.1993, do Conselho da Europa, sobre cláusulas abusivas, corrobora a tese ora esposada, considerando que “a apreciação do caráter abusivo de uma cláusula não deve incidir sobre cláusulas que descrevam o objeto principal do contrato e a relação qualidade/preço do fornecimento ou de prestação”; e, ainda, é clara ao definir que é considerada abusiva a cláusula contratual “que, a despeito da exigência de boa-fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato.”⁹¹

O anexo à norma européia contém uma lista indicativa e não exaustiva de cláusulas que podem ser consideradas abusivas e, a exemplo da lista exemplificativa do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, faz menção apenas a disposições que tratam da carga obrigacional do contrato.

A partir do exposto, é possível depreender que a legislação européia assenta com firmeza a diferenciação entre o equilíbrio contratual relativo às prestações intercambiadas e aquele relativo à distribuição da carga obrigacional do conteúdo negocial. A partir da definição de abusividade, firma que esta se vincula tão somente ao desequilíbrio entre direitos e deveres, afastando expres-

samente a análise do objeto principal do contrato e da adequação do seu preço.

Em seção denominada “Das cláusulas abusivas”, o legislador brasileiro, no Código de Defesa do Consumidor, dedicou extenso dispositivo à exemplificação de cláusulas contratuais nulas de pleno direito, apondo, entre elas, cláusula geral, impressa no inciso IV, da qual se deduz o conceito de abusividade. Esta cláusula é complementada pelo §1º do mesmo artigo, o qual permite a conclusão de que o núcleo do conceito de abusividade é a noção de desvantagem exagerada a abalar o equilíbrio contratual.⁹² As cláusulas contratuais são inválidas, portanto, quando causarem vantagem exagerada a um dos contratantes em detrimento do outro, revelando-se, por isso, contrárias ao princípio da boa-fé.⁹³

O Código de Defesa do Consumidor conhece a diferenciação entre os equilíbrios contratuais que ora se propõe, e sobre ela calca seu sistema, o que se percebe pelas referências apartadas, bem como pelo tratamento distinto que confere ao desequilíbrio econômico (lesão) e ao desequilíbrio normativo (cláusulas abusivas). No entanto, verifica-se que o legislador deixou de assentar com suficiente firmeza essa distinção e ao oferecer cláusula geral de abusivi-

91 Transcrição integral da norma européia. (GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 538-547).

92 AMARAL JÚNIOR, A boa-fé..., p. 30-31.

93 AMARAL JUNIOR, Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 120.

dade tão abrangente, no intuito de estender sua proteção, acabou por fazer uma figura abranger a outra. Ao redigir o inciso IV do art. 51 do CDC, complementando-o com o §1º do mesmo dispositivo, ao contrário do que ocorreu na legislação estrangeira, o legislador brasileiro, não aproveitou a oportunidade para conferir maior rigidez ao sistema e firmar a relação da abusividade com o equilíbrio normativo, tendo apenas utilizado termos como desvantagem exagerada, ameaça ao equilíbrio contratual, vantagem excessivamente onerosa, etc.

A lei francesa, assim como a italiana e a alemã, da mesma forma que a brasileira, definiram a abusividade sobre critérios bastante amplos, a ver, a partir da ocorrência de abuso de poder econômico ou desrespeito aos imperativos da boa-fé, somados à constatação de vantagem excessiva ou desvantagem a uma das partes.⁹⁴ No entanto, não deixaram de apor dispositivo que fixasse com clareza a sua relação com o desequilíbrio normativo, como foi possível perceber acima.

Partindo-se da distinção entre o equilíbrio contratual econômico e o normativo, é possível verificar que, em verdade, o Código de Defesa do Consu-

midor apenas permitiu o enquadramento da lesão, como espécie de desequilíbrio que é, entre as cláusulas abusivas, de modo a legitimar, infelizmente, a afirmação de que toda cláusula lesionária é uma cláusula abusiva. Contudo, é imprescindível verificar, pelo menos, que o instituto da lesão é espécie de manifestação abusiva que recebe tratamento específico e não geral, o qual se encontra esculpido no art. 6º, inc. V, 1ª parte, do mesmo diploma legal. Esse dispositivo erige uma especialização do regulamento da *desvantagem exagerada* (art. 51, inc. IV, CDC) manifestada pela desproporção nas prestações, que, portanto, deixa de receber o tratamento geral (nulidade), estabelecendo consequência específica (modificação da cláusula).

Assim, afasta-se a possibilidade de se sustentar que o Código de Defesa do Consumidor não opera sobre uma diferenciação entre essas figuras e que há “efeitos aparentemente distintos, previstos para a mesma hipótese”.⁹⁵ Há, por certo, uma definição do que seja cláusula abusiva por meio de fórmula geral de tal forma aberta, que abrange a figura da lesão, quando não deveria, pois a lei conhece e sugere a sua diferença.⁹⁶

94 SILVA, L. R. F., *Revisão...*, p. 50-51. MARQUES, *Contratos...*, p. 408-410. AMARAL JÚNIOR, *A boa-fé...*, p. 30. GHESTIN, *Traité...*, p. 684-685.

95 BECKER, *Teoria...*, p. 106.

96 Cláudia Lima Marques chega a denominar as cláusulas abusivas sancionadas pela nulidade do art. 51 do CDC como *cláusulas abusivas stricto sensu*, em paralelo às cláusulas que podem ser modificadas por estabelecerem prestações desproporcionais. (MARQUES, *Contratos...*, p. 406).

Há, na legislação brasileira, portanto, um conceito de abusividade calado tão somente na idéia de afronta ao equilíbrio contratual, pelo que se torna possível afirmar que o desequilíbrio é abusividade e que este, então, pode ser relativo à relação entre as prestações intercambiadas, correspondente ao equilíbrio econômico, ou à distribuição de direitos e deveres no conteúdo negocial, correspondente ao equilíbrio normativo.

A falta do legislador, ao conceituar a abusividade sobre a noção de desequilíbrio e fazê-lo de forma muito abrangente, sem explicitar que está a tratar do equilíbrio normativo, não autoriza o jurista a manter restrita sua visão de justiça no contrato, a ignorar a distinção entre este e o equilíbrio econômico. É, em verdade, função mesma da doutrina e do aplicador do direito perceber que a diretriz de justiça substancial é comum entre o paradigma da solidariedade e a lei protetiva do consumidor, e disso depreender, portanto, que a correta compreensão do equilíbrio e da justiça no contrato é imprescindível por exigência de ambos.

Somente tal noção de equilíbrio contratual, que diferencia suas espécies e, portanto, conhece as diferentes formas de injustiça que fazem surgir no contrato, permite uma apreensão correta do que é a justiça contratual segundo a racionalidade do paradigma da solidariedade, impressa na normativa do Código de Defesa do Consumidor, tornando possível a efetivação de sua vocação protetiva e de seus ideais de justiça substancial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em tema de justiça contratual, é imprescindível a identificação das diversas manifestações que o injusto pode tomar na relação negocial, a fim de se lhe conferir o adequado tratamento corretivo. O paradigma contratual contemporâneo, por ser marcado pelo ideal de igualdade substancial, erige como parâmetro concreto de justiça a noção de *equilíbrio*, que reproduz, nas relações de troca, a idéia de equidade ou igualdade. Por força disso, para uma correta compreensão da justiça contratual, é preciso compreender o que é esse *equilíbrio*, em geral, objeto de escasas referências na doutrina contratualista.

No atual estágio da ciência contratual, deve-se perceber que o *equilíbrio* encontra dois campos de atuação no contrato. Por um lado, manifesta-se na relação entre as prestações trocadas, isto é, na equação econômica da avença (*equilíbrio econômico*); por outro, revela-se na relação entre direitos e deveres atribuídos a cada parte, isto é, na carga obrigacional do ajuste (*equilíbrio normativo*).

Com base nisso, criticou-se a noção de justiça limitada ao equilíbrio contratual econômico, pois desapropriada aos atuais contornos da ciência contratual, de marcada vocação protetiva. Somente uma percepção de justiça transcendente à análise puramente econômica do contrato e ciente da real desigualdade entre as partes, bem como de todas as possíveis formas de desequilíbrio (injustiça) contratual, será adequada à concretude e à pretensão de justiça substancial do paradigma da solidariedade.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6, p. 27-33, abr./jun. 1993.
- _____. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução do grego, introdução e notas Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (parecer) A lesão como vício do negócio jurídico. A lesão entre comerciantes. Formalidades pré-contratuais. Proibição de *venire contra factum proprium* e ratificação de atos anuláveis. Resolução ou revisão por fatos supervenientes. Excessiva onerosidade. base do negócio e impossibilidade da prestação. In _____. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 50, p. 19-56, abr./jul. 2003.
- BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- GHESTIN, Jacques. L'utile et le juste dans les contrats. *Archives de Philosophie du Droit*, v. 26, p. 35-57, 1981.
- _____. *Traité de droit civil. Le contrat: formation*. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1988.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- GORDLEY, James. Contract Law in the Aristotelian Tradition. In: BENSON, Peter (Ed.). *The theory of contract law: new essays*. New York: Cambridge University, 2001. p.265-334.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- HORWITZ, Morton J. The historical foundations of modern contract law. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 87, n. 5, p. 917-956, mar. 1974.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1982.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

v. 5, t. 1: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações.

_____. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 19, n. 56, p. 56-86, nov. 1992.

_____. Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 611-661.

_____. A noção de contrato na história dos pactos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, p. 497-513, 1995. Edição em homenagem a Carlos Henrique de Carvalho: o editor dos juristas.

_____. A revisão dos contratos no Código Civil Brasileiro. *Rivista Roma e America. Diritto Romano Comune*, n. 16, 2003.

_____. *Sobre o princípio da insolidariedade: os cumes das montanhas e os universos submersos*. Texto ainda no prelo, a ser publicado em livro em homenagem a Friedrich Muller.

MÁYNEZ, Eduardo García. *Doctrina aristotélica de la justicia: estudio, selección e traducción de textos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1973.

MICHELON, Cláudio. Um ensaio sobre a autoridade da razão no direito privado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v.21, p. 101-112, 2002.

MURPHY, James Bernard. Equality in Exchange. *The American Journal*

of Jurisprudence, v. 47, p. 85-121, 2002.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Porto Alegre, 1964.

_____. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 33-58.

_____. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 89-96.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. As causas de revisão pelo juiz e o Código de Defesa do Consumidor.

Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande

do Sul, Porto Alegre, v. 11, p. 145-164, 1996.

WEINRIB, Ernest J. *The idea of private law*. Cambridge: Harvard University, 1995.

Mensuração da carga de trabalho de magistrados: uma análise comparativa do estudo realizado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul com experiências internacionais

Silvia Generali da Costa*, **Cláudio Luís Martinewski****, **Luciano José Martins Vieira*****, **Nelson Michel****** e **Renato Michel*******

1. INTRODUÇÃO

O número de processos que ingresam no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul vem aumentando de forma significativa a cada ano, sendo que este aumento não é acompanhado, na mesma proporção, pelo ingresso de novos magistrados e servidores (Rio Grande do Sul, 2004). Do ponto de vista dos integrantes do sistema, é senso comum que o número de contratações de servidores não acompanha a demanda gerada pelo aumento do número de

processos em tramitação (Brancher, 1998; Brancher; Costa, 1998). Independente da demanda, o quadro de magistrados e servidores tem envidado esforços no sentido da manutenção da qualidade dos serviços prestados à sociedade, muitas vezes através de esforços pessoais, aumento da jornada de trabalho e menor dedicação às áreas familiar, de lazer, esporte, saúde e cultura. Como resultado, a mídia tem apontado o reconhecimento da população gaúcha no que se refere à qualidade dos serviços prestados, mas a insatisfação dos

* Professora Adjunta da Escola de Administração da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, doutora em Administração com ênfase em Organizações, mestre em Administração com ênfase em Recursos Humanos, psicóloga (PUC/RS).

** Juiz-corregedor do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, secretário-executivo do Plano de Gestão pela Qualidade do Judiciário, mestrando em Administração do Poder Judiciário pela FGV.

*** Graduado em Administração na Escola de Administração da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (PUC/RS).

**** Especialista em Métodos Quantitativos (UFRGS), NRM Consultoria Estatística.

***** Mestre em Engenharia de Produção (UFRGS), NRM Consultoria Estatística.

usuários em relação à celeridade de atuação do Poder Judiciário. Três questões parecem críticas neste contexto: a) até que ponto os esforços pessoais conseguirão suprir as demandas institucionais sem que haja um decréscimo na qualidade dos serviços prestados e/ou um *burnout*¹ entre os magistrados e servidores? b) como cumprir a missão do Poder Judiciário, de “perante a sociedade, prestar a tutela jurisdicional, a todos e a cada um, indistintamente, conforme garantida na Constituição e nas leis, distribuindo justiça de modo útil e a tempo” (Rio Grande do Sul, 2005, p.5)? c) como alcançar a visão proposta de “tornar-se um Poder cuja grandeza seja representada por altos índices de satisfação da sociedade; cuja força seja legitimada pela competência e celeridade com que distribui justiça; cuja riqueza seja expressa pela simplicidade dos processos produtivos, pelo desapego a burocracias e por desperdícios nulos. Ou seja, uma Instituição moderna e eficiente no cumprimento do seu dever.” (Rio Grande do Sul, 2005, p.5)? Estudos demonstram que a qualidade e a agilidade com que um produto ou serviço é oferecido ao mercado depende de inúmeros fatores, incluindo o ambiente externo (fornecedores, concorrentes, organismos de regulamentação, usuários dos serviços, economia, política, legislação, demografia, ecologia, cultura) e o ambiente interno (estrutura

organizacional, clima e cultura organizacionais, valores, políticas e estratégias, tecnologias disponíveis, perfil do corpo funcional). O conhecimento, a compreensão e a capacidade de resposta às contingências geradas pela interação destes fatores é o que determina o desempenho organizacional (Lacombe; Heilborn, 2003).

Partindo desta visão sistêmica das organizações, pode-se supor que em paralelo às reformas administrativas, à simplificação e racionalização dos fluxos de trabalho, e à aplicação das modernas ferramentas da qualidade à análise organizacional, cumpre dimensionar o corpo funcional necessário para atender de forma adequada e rápida aos processos em tramitação, a partir de uma visão de curto-médio prazo. O aumento do número de magistrados e servidores poderia, numa visão de longo prazo, ser considerado como um paliativo, haja vista a impossibilidade de um aumento contínuo de recursos humanos, físicos e financeiros para atender às demandas processuais crescentes. No entanto, mesmo cientes desta limitação, entende-se que o estudo da relação adequada entre o número de magistrados e de servidores e do número de processos compatíveis pode subsidiar ações futuras no sentido de se repensar qual a capacidade do Poder Judiciário de atendimento à sociedade e, eventualmente, priorizar as necessidades específicas de

1 “Em inglês, *burnout* significa apagar-se por falta de combustível; desgastar-se ou tornar-se inoperante como resultado de calor ou fricção; exaustão, principalmente como resultado de excesso de trabalho.” (RIFKIN, 1995, p.205).

atendimento por este Poder, redirecionando as demais a partir da criação de mecanismos inovadores de atendimento jurisdicional, de mudanças na legislação, ou ainda da discussão de soluções integradas entre os três Poderes. Além disso, tal estudo pode identificar alternativas para um problema imediato e grave, permitindo um maior fôlego e serenidade para a tomada de decisões futuras.

Assim, ao iniciar-se o estudo que resultou no relatório *análise da carga e da distribuição do trabalho no poder judiciário do Estado do Rio Grande do Sul – magistrados e servidores da Justiça de Primeiro Grau* (Costa; Michel; Michel, 2005), buscou-se analisar a existência de efetivas metodologias de levantamento da carga de trabalho de magistrados. Entretanto, optou-se pelo desenvolvimento de uma metodologia própria em função dos recursos disponíveis e das características específicas da instituição e da população-alvo. A metodologia desenvolvida será apresentada no item 4 deste ensaio.

A seguir são apresentadas algumas das metodologias pesquisadas quando da elaboração do desenho de pesquisa para o estudo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

2. EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS DE METODOLOGIAS DE MENSURAÇÃO DA CARGA DE TRABALHO DE MAGISTRADOS

Desde a década passada foram realizadas várias pesquisas sobre a mensuração da carga de trabalho dos agentes do Judiciário e sobre a eficácia dos sistemas judiciais nacionais. Nesta seção são apresentadas metodologias e resultados de alguns estudos internacionais voltados para a mensuração do volume de trabalho dos magistrados.

2.1 Estudos norte-americanos: Assessing the need for judges and court support staff e the case-related workload measures

O *National Center for State Courts* (NCSC), entidade fundada em 1971 com a atribuição de realizar estudos e propostas de reformas de âmbito administrativo aos tribunais estaduais norte-americanos, define, na sua página da internet, a avaliação de carga de trabalho (*workload assessment*) como o processo de conversão do número de casos em uma carga de trabalho, considerando-se o tempo dedicado na avaliação dos processos como representante da carga de trabalho (NCSC, 2006). A entidade sugere que a conversão do número de processos em carga de trabalho deve ser feita pelo *Weighted Caseload Method*,² a seguir detalhado, que, na essência, consiste na divisão do tempo que o magistrado precisaria para apreciar os casos pelo tempo disponível para fazê-lo, consi-

2 O site do NCSC informa que realizou desde 1990 estudos para a implementação do *Weighted Caseload* nos seguintes estados: Califórnia, Colorado, Iowa, Maryland, Minnesota, New Hampshire, New Mexico e Oregon (NCSC, 2006).

derando a variação de complexidade entre os tipos de processos.³

O *Workload Assessment* objetiva determinar os recursos necessários para que os tribunais atinjam com êxito os seus objetivos de desempenho. O método permite ao Judiciário não somente mensurar seu desempenho com a equipe atual, mas também estimar o que se pode alcançar com recursos adicionais. Tal determinação da carga de trabalho permite aos tribunais elaborar os seus pedidos de consolidação orçamentária de forma mais apropriada, de modo a possibilitar a contratação de magistrados e de servidores em números adequados para o atendimento da demanda.⁴

O estudo *Assessing the need for judges and court support staff*, organizado no ano de 1996 pelo *National Center for State Courts*, apresenta e analisa várias metodologias usadas em diversos estados norte-americanos para avaliar a necessidade de aumentar, ou não, o número de magistrados e de servidores. O estudo sugere que a avaliação da necessidade de magistrados deve usar técnicas que sejam racionais (objetivas, coerentes e claras), críveis (aceita por magistrados, legisladores e pela sociedade) e práticas (as cortes locais devem oferecer os dados para que seja realizada a avaliação da carga de trabalho) (Flango; Ostrom, 1996). As técnicas sumariamente descritas

3 Do original: Weighted caseload is a method used to translate court cases into workload for judges and court staff. [...] Workload assessment is a process of converting caseloads into workload using time as a proxy for workload. It is based on the assumption that the more time it takes to process a case, the more work is involved. The method, in essence, simply divides the amount of judge time needed to hear all of the cases filed by the amount of time judges have available to hear cases. To account for the variation in complexity among different case types, specific case weights? the average amount of time needed to handle a particular case ? are developed. By weighting court cases, a more accurate assessment can be made of the amount of time required to process the caseload, i.e., caseload can be translated into workload (NCSC, 2006).

4 Do original: Workload assessments are intended to determine the resources necessary for courts to achieve their performance objectives. They enable courts not only to measure how well they are performing with their existing judges and court staff but also to estimate what could be achieved with additional resources. These performance improvements include better quality of the case processing as well as increases in the number of cases that could be processed. Objective methods and measures for determining appropriate judicial workloads enable courts to approach their legislatures with appropriate funding requests. Although empirical information alone will not guarantee favorable staffing decisions, it is unlikely that courts will obtain the judges and staff necessary to process cases without strong, empirically based documentation of need (NCSC, 2006).

estão divididas em dois grandes grupos, os relacionados ao número de processos⁵ e os não-relacionados ao número de processos⁶ (Flango; Ostrom, 1996).

O estudo recomenda o *Weighted Caseload Method* (Método de Número de Casos Ponderado) como o melhor método para determinar a necessidade do número de magistrados, podendo ser utilizado em conjunto com a *Delphi technique*. O método *Weighted Caseload* consiste na realização das etapas a seguir descritas (Flango; Ostrom, 1996):

1. Selecionar uma amostra de processos, considerando alguns critérios: diversidade geográfica da localidade; tamanho do tribunal; tempo médio de apreciação dos processos; número de “quase magistrados” (que possuem denominações variadas, como árbitros, comissários, mestres); e infra-estrutura em informática.
2. Determinar o número de intervenções que cada tipo de processo demanda do magistrado.
3. Calcular o “tempo médio judicial” de cada ação acima identificada, com um estudo de tempo, no qual se solicita aos magistrados que registrem o tempo de início e fim de cada intervenção.
4. Determinar a frequência média de ocorrência de cada ação em cada tipo de processo, apurada conforme registros da movimentação processual no

sistema de acompanhamento processual de cada estado, ou apurada de acordo com verificação em uma amostra de processos.

5. Criar o “peso da tarefa” (task weight) de cada tipo de processo, com a multiplicação do “tempo médio judicial” com a frequência média de ocorrência de cada intervenção em cada tipo de processo.
6. Determinar o “peso de cada tipo de processo” (case weight), inicialmente com a soma de todos os “pesos de tarefa” identificados em cada tipo de processo, e depois com a sua multiplicação com o número de processos arquivados de cada tipo. O peso de cada tipo de processo representa o período de tempo que cada processo demanda de cada magistrado.
7. Determinar a quantidade de tempo disponível do magistrado para apreciar processos por ano, considerando que o magistrado não trabalha somente na apreciação de processos, pois atua também em atividades administrativas, eventos cívicos, educação pública, entre outras. A quantidade de tempo disponível por ano para apreciar processos é obtida pela multiplicação do número de dias de trabalho pelo número de horas para apreciação de processos de um dia que um magistrado dispõe.
8. Dividir a soma total do número de tempo exigido para apreciar antecipadamente o número de processos pelo tempo disponível por magistrado para apreciar processos.

5 São descritas as metodologias por casos pendentes, casos arquivados, processos distribuídos, e tempo de apreciação por tipo de processo.

6 São descritas as metodologias por verificação da assistência judicial das localidades vizinhas, tamanho e crescimento da população, número de advogados e tempo de deslocamento do magistrado entre as cortes.

Flango e Ostrom (1996) descrevem como vantagens do método *Weighted Caseload* a possibilidade de se considerar os diferentes tipos processuais e de mensurar a necessidade de magistrados para distritos judiciais de diferentes tamanhos. Mas o método apresenta algumas limitações e dificuldades para a sua implementação: a dificuldade de obter cooperação dos magistrados para apurar o “tempo judicial médio”; a dificuldade dos “pesos dos processos” manterem-se atualizados; a possibilidade dos pesos retratarem uma realidade de ineficiência, em vez de serem referenciais de índices de eficiência, gerando um “culto à ineficiência”; os pesos serem baseados em dados inexatos e inadequados; processos pendentes não serem considerados; as médias estaduais serem injustas com as pequenas comarcas; e o método apresentar como resultado uma “magistratura fracionada”, ou seja, se, por ventura, o resultado do *Weighted Caseload* for de um magistrado e meio (Flango; Ostrom, 1996).

Conforme referido anteriormente, a aplicação do *Weighted Caseload Method* é compatível com a *Delphi technique*. A *Delphi technique* consiste na coleta da percepção de uma amostra de magistrados sobre o tempo despendido em cada intervenção de cada tipo de processo e no número de processos de cada tipo por eles apreciados. Posteriormente, calcula-se as médias das respostas de modo a determinar para cada ato e tipo de processo um tempo médio, usado como referencial para a estimativa do número de

magistrados necessários pelo *Weighted Caseload*. A coleta da percepção dos magistrados nas intervenções processuais em vez da verificação do registro delas por parte dos mesmos (conforme sugerido na etapa nº. 3 do *Weighted Caseload*) possibilita uma construção de “pesos processuais” com mais credibilidade, pois conta com uma maior participação de magistrados, além de ser mais econômica para o Judiciário (Flango; Ostrom, 1996).

Sobre a mensuração do número de magistrados para o volume de processos existentes proposta pelo estudo *Assessing the need for judges and court support staff*, algumas considerações importantes ali constantes devem ser expostas. A primeira é de que a metodologia utilizada para a verificação do número de magistrados não se aplica aos servidores, em razão da diferença da natureza das suas atividades (Flango; Ostrom, 1996). A segunda é de que não existe modelo estatístico que apresente resultados definitivos e incontroversos; e, por fim, que os dados obtidos devem ser interpretados considerando o contexto social, cultural e político do ambiente pesquisado (Flango; Ostrom, 1996).

No ano de 1993 a Conferência Judicial dos Estados Unidos (*Judicial Conference*), principal órgão de elaboração de políticas da justiça federal americana, aprovou o *The Case-Related Workload Measures* (As Medidas de Carga de Trabalho Relacionadas com Processo), um sistema de medição dos tempos processuais.

Este sistema teve como base um estudo realizado entre 1987 e 1993, em que os magistrados registraram o tempo dedicado desde o início até o término em cada um dos processos integrantes do grupo de amostra (cerca de 8.100 processos em matéria de direito civil e cerca de 4.200 processos em matéria criminal). Os processos inseridos na amostra foram agrupados por tipo de ação (civil e criminal) e natureza de litígio. Para cada tipo foi atribuído um valor decorrente do cálculo da média obtida com base no número de minutos registrados pelos magistrados, salvaguardando-se uma margem de erro-padrão. As médias apuradas e as margens de erro foram convertidas em valores relativos (denominados *case-weights*). Estes valores possuem caráter relativo uma vez que o estudo pretendeu descrever a quantidade média de tempo gasto pelos magistrados e não criar valores temporais a serem obrigatoriamente obedecidos pela magistratura de modo a condicionar a sua forma de trabalho. Com base naqueles valores foram criados limites de cargas de trabalho. Em um *District Court* entendeu-se que cada magistrado deveria trabalhar com um limite de 430 processos; e em uma *Court of Appeal*, geralmente constituído por um colegiado de três magistrados, entendeu-se que cada colegiado deveria trabalhar com 500 processos (Santos, 2005).

No ano de 2003 o sub-comitê de Estatísticas da Justiça (*Subcommittee on Judicial Statistics*) aprovou um projeto de reforma deste sistema,

adaptando-o às novas realidades dos processos cíveis e criminais. O novo projeto não estabelece mais a medição do tempo despendido pelos magistrados, uma vez que a maioria das bases de dados registravam apenas o tempo dos magistrados na sala de audiências e desconsideravam o tempo gasto com outros atos processuais. Assim, propõe-se que o cálculo do tempo seja feito com base na opinião de treze grupos constituídos por magistrados com experiência através de painéis de discussão. Este novo sistema foi criado com base num método que considera os vários atos registrados ao longo da duração dos processos e inclui atos como julgamentos, inquirições de testemunhas e outro tipo de diligências; análise e pesquisa dos assuntos em litígio; e a realização de despachos (Santos, 2005). As alterações propostas resultarão no aumento dos *case-weights* e, conseqüentemente, em um aumento proporcional das cargas de trabalho por magistrado, que, por sua vez, será o fundamento para a formulação de recomendações para aumentar o número de magistrados (Santos, 2005).

2.2 A experiência espanhola: os módulos de trabajo

No ano de 1989 o Pleno do *Consejo General del Poder Judicial* (CGPJ), órgão constitucional com a competência de gestão administrativa do Poder Judiciário espanhol, aprovou a criação de *módulos de trabajo* para os órgãos judiciais com o objetivo de

determinar a carga máxima de trabalho que um órgão judicial pode suportar, definindo o número ideal de processos por magistrado. Os módulos estabelecem as regras sobre a produtividade exigida para cada magistrado em relação ao número pré-estabelecido de processos que lhe serão distribuídos e em relação ao número de magistrados constante na *Planta Judicial* (Espanha, 2003).

Existem dois tipos de módulos de trabalho: os *módulos de entrada y carga máxima*, que representam a carga máxima de trabalho que razoavelmente um magistrado deve suportar em sua jornada ordinária de trabalho (estabelecidas em 1.760 horas por ano); e os *módulos de salida, de resultado o dedicación*, que têm como objetivo medir o grau de dedicação e resultados que deveriam ser alcançados pelos magistrados na jornada de trabalho estabelecida. O CGPJ pretende melhorar o sistema de avaliação do grau de dedicação dos magistrados através de outros fatores que não exclusivamente

o número de sentenças proferidas (Espanha, 2003).

Os *módulos de entrada y carga máxima* têm como objetivo principal a determinação da *Planta Judicial*, que estabelece o número ideal de magistrados, de modo que quando o volume de processos iniciados ultrapassa o estabelecido no módulo, é um indicativo da necessidade de criação de um novo órgão jurisdicional ou de uma *plaza* (circunscrição territorial equivalente à uma comarca). Para a criação de novas *plazas*, deve ser considerado o registro do número anual de processos iniciados, e não a quantidade de processos acumulados, que devem ser apreciados de acordo com as ações decorrentes da análise da situação específica (Espanha, 2003).

A *Planta Judicial* estabelecida para o ano de 2000 e mantida em 2003 que indica a proporção de magistrados em relação à população e aos processos iniciados é a seguir exposta (Espanha, 2003, p. 44.797):

Quadro 1 – Número de magistrados por habitante

Número de habitantes em 31/12/1998	Número de magistrados na Planta Judicial em 31/03/2000	Proporção
39.852.651	3.917	1 para cada 10.174

Fonte: *Consejo General del Poder Judicial*, 2003.

Quadro 2 – Número de processos por magistrado por ano

Número de processos novos em 31/12/1998	Número de Magistrados na Planta Judicial em 31/03/2000	Proporção
5.848.450	3.917	1 para cada 1.493

Fonte: *Consejo General del Poder Judicial*, 2003.

Sobre o papel do módulo de entrada, o *Acuerdo* de 03 de dezembro de 2003, do Pleno do *Consejo General del Poder Judicial*, expõe que (Espanha, 2003, p. 44.797):

El módulo de entrada, que se propone, es consecuencia de esta proporción y realista en relación a la carga de trabajo que vienen soportando los órganos judiciales, de modo que no constituye el ideal, que solo se alcanzará cuando la evolución del crecimiento de la plantilla lo permita. En una proyección a futuro, cuando la planta de los distintos órganos jurisdiccionales alcance los niveles óptimos para hacer frente a los asuntos confiados al conocimiento de cada órgano, el tiempo de demora en la resolución de los asuntos cedería prioridad y se podría dar lugar a la inclusión de otros factores, entendiendo, siempre y en todo caso, que la resolución de los conflictos sometidos a conocimiento, en un tiempo razonable, es una de las principales exigencias de calidad.

Para a obtenção dos “níveis ótimos” desejados, a atualização dos módulos de entrada é prevista para ser realizada gradualmente, de modo a adequá-la às modificações que podem ocorrer na *Planta Judicial* no curto prazo, e também devem influenciar na definição dos módulos de saída.

Sobre a utilidade dos módulos de trabalho, Boaventura de Souza Santos pondera que (2005, p. 56):

Um módulo de trabalho é um índice que apenas permite uma aproximação

à actividade jurisdiccional, não permitindo retirar conclusões sobre a realidade que se está a valorar. Para se proceder a uma análise desse tipo, devem ser tidas em conta outras circunstâncias, como a entrada de processos, a alocação dos magistrados, as licenças de maternidade, licenças para estudo e outras situações que têm incidência no desempenho da actividade jurisdiccional. Serve, também, para comparar a situação dos tribunais com competência na mesma área territorial e com competências similares, detectando diferenças anormais na resolução dos litígios.

Várias foram as manifestações contrárias ao sistema de módulos, em especial as emanadas pela *Asociación Profesional de la Magistratura* e a *Asociación Jueces para la Democracia*, que, em suma, se manifestaram que o sistema de módulos ignora que a realidade do Judiciário espanhol é muito variada, em razão das variações de população, infra-estrutura, peculiaridade de cada processo, entre outros argumentos (Santos, 2005). No início do ano de 2006 a regulação do sistema de módulos estabelecida pelo CGPJ foi suspensa pelo Tribunal Supremo espanhol (Lázaro, 2006).

2.3 Os estudos do Ministério da Justiça de Portugal

Conforme a publicação *Estudo sobre Contingentação Processual*, visando a definição de indicadores fiáveis sobre o volume de serviço adequado para cada juiz dos

tribunais judiciais, de julho de 2002, o Hay Group S.A. de Lisboa, em consultoria solicitada pelo Gabinete de Auditoria e Modernização do Ministério da Justiça de Portugal, propôs-se ao seguinte (Hay Group, 2002, p. 5):

- *Desenvolver um trabalho de campo, procedendo ao levantamento do estado actual dos tribunais no foro da jurisdição penal (Diagnóstico do Estado Actual dos Tribunais), com base na selecção de amostra representativa do universo dos tribunais de jurisdição criminal, que permita aferir a pertinência dos factores críticos das variáveis previamente identificadas (Variáveis de Capacidade, Técnicas, Organizativas e de Experiência), bem como a acuidade da fórmula de contingência de processos;*
- *Definir, propor e validar a fórmula de contingência de processos, que permita fixar de modo orientador, um valor de carga máxima de trabalho adequado à tipologia de juizes objecto de estudo;*
- *Estabelecer critérios, procedimentos e metodologia de referência, com vista ao alargamento do estudo ao universo dos restantes tribunais;*
- *Criar os alicerces de base científica, necessários ao desenvolvimento de uma melhor política de justiça em Portugal.*

Para atingir tais objetivos utilizou a seguinte metodologia (Hay Group, 2002, p. 6):

O trabalho de campo desenvolveu-se em duas vertentes distintas mas complementares: se por um lado seria necessário dispor de informação de cariz quantitativo que, juntamente

com a informação estatística, pudesse alimentar o modelo conceptual da fórmula de contingência (diagnóstico quantitativo), por outro importava aferir junto de um painel de peritos (Magistrados indicados pelo Conselho Superior de Magistratura) informação de cariz qualitativo, por forma a garantir não só a correcta adequação do conteúdo do questionário a aplicar, como um maior aprofundamento das variáveis relacionadas com a componente humana, processual e organizacional.

Considerando a relativa homogeneidade dos indicadores operativos (complexidade do mix de processos – Variável Técnica) a analisar no âmbito da jurisdição penal, importava proceder à sua síntese, ou seja, agregar os processos que exigem intervenção do juiz de jurisdição penal, por forma a isolar tais processos em categorias de acordo com os critérios de complexidade/consumo de tempo, pretendendo-se alcançar um ranking de processos-tipo, de acordo com a maior ou menor exigência em termos de complexidade versus consumo de tempo.

Para a mensuração da carga de trabalho adequada aos magistrados da área criminal, o Hay Group aplicou questionário estruturado para 74 magistrados, realizou 16 entrevistas individuais com magistrados pré-selecionados e realizou sessões de trabalho em conjunto com o Conselho Superior da Magistratura. Conforme observa Boaventura de Souza Santos (2005), não foi realizada qualquer análise dos registros do trabalho efetivamente desenvolvido pelos magistrados nos processos.

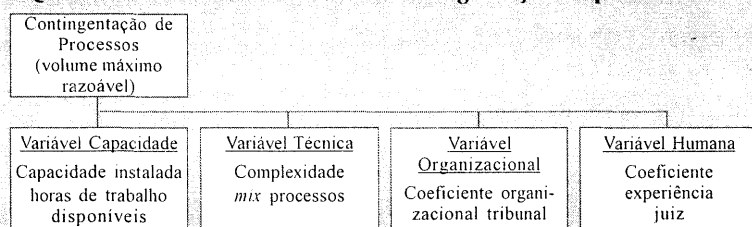
O modelo conceitual para identificar o volume de trabalho dos magistrados judiciais foi estabelecido em função de quatro variáveis: 1º) Variável Técnica, compreendendo os indicadores relativos à complexidade de processos; 2º) Variável Capacidade, compreendendo os indicadores relativos à capacidade instalada; 3º) Variável Organizacional, compreendendo os indicadores relativos aos tribunais; 4º) Variável Humana, compreendendo os indicadores relativos aos magistrados.

As diferentes medições e ponderações atribuídas a cada variável resultaram no tempo que um Magistrado (“Juiz com boa performance”) deveria necessariamente dedicar a um tipo de processo.

calculada tendo em consideração a exigência de tempo destinado em cada tipo de processo e pelo *mix* de processos de cada magistrado. A classificação dos processos criminais em função da sua complexidade teve por base os resultados das entrevistas efetuadas com os magistrados, bem como das sessões de trabalho conduzidas junto do Conselho Superior de Magistratura. Também foi considerado o tempo dedicado pelos magistrados às demais atividades inerentes ao exercício da magistratura: 1) estudo de processos; 2) despachos; 3) julgamentos e outras diligências; 4) elaboração de sentenças; 5) reuniões e deliberações coletivas; 6) atividade de gestão administrativa da secretaria; 7) deslocamentos em serviço.

Para a avaliação da complexidade dos processos, o Hay Group utilizou abordagem idêntica a modelos de con-

Quadro2 - Modelo conceitual da *contingentação* de processos



Fonte: HAY GROUP, 2002, p. 14.

Como variável capacidade foi utilizado o indicador “número de horas de trabalho disponíveis” (*rácio_horas*), definido como a discrepância do número de horas semanais efetivamente trabalhadas pelo magistrado em relação à carga horária semanal de 40 horas estabelecida como padrão (equivalente a 8 horas de trabalho por dia).

A variável técnica, que considera a complexidade dos processos criminais, foi medida em **pontos** e

contingentação já utilizados em estudos anteriores ao considerar três etapas metodológicas: classificação dos processos de acordo com a respectiva complexidade; identificação dos tempos médios (em horas) dedicados em cada processo, com atribuição de uma escala, em termos de pontos, para cada processo, de modo a obter a respectiva ponderação em função da complexidade; e apuração do volume de pontos realmente trabalhados por cada magistrado (Hay Group, 2002).

A variável organizacional compreendeu os indicadores: 1) número de funcionários; 2) número de salas de audiência; 3) existência de gabinete próprio; 4) disponibilidade de meios de gravação e reprodução; 5) disponibilidade de meios de videoconferência. A variável humana foi trabalhada com os indicadores

experiência do Magistrado, sua antiguidade no tribunal e sua idade. A identificação das correlações estatísticas mais relevantes da variável organizacio-

nal e da variável humana possibilitou a elaboração do *Coefficiente Organizacional*.

Considerando as variáveis acima, é proposta a fórmula final de *Contingência Processual*, que é dada pela equação $Pontos = Constante * R\acute{a}cio_Horas * Coeficiente Organizacional$. A fórmula significa que o total de pontos a serem realizados anualmente por um magistrado, considerada a complexidade de cada tipo de processo criminal, depende das horas trabalhadas ponderadas por um coeficiente de produtividade pessoal e organizacional (Hay Group,

2002). A constante na equação é resultado de uma regressão linear da variável capacidade (rácio_horas) em relação à variável técnica (pontos) (Hay Group, 2002).

A seguir, um quadro que resume os resultados encontrados nos estudos do Hay Group.

Quadro 3 – Resultados parciais do estudo do Hay Group

Tipo de tribunal	Nº de processos por magistrado (aplicando a fórmula de <i>contingência</i>)
Relação	361
Instrução	181
Vara Criminal	217
Vara Mista	124
Especializada	456
Genérica	194

Fonte: Hay Group, *Estudo sobre Contingência Processual, visando a definição de indicadores fiáveis sobre o volume de serviço adequado para cada juiz dos tribunais judiciais*, 2002, p. 64.

No ano de 2005, o Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, vinculado ao Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, realizou, também por solicitação do Ministério da Justiça de Portugal, o estudo *Os actos e os tempos dos juizes: contributos para a construção de indicadores da distribuição processual nos juízos cíveis*, com o objetivo de “construção de indicadores de distribuição processual e de avaliação e de projecção do volume de trabalho dos juizes dos juízos cíveis⁷ que

7 Os juízos cíveis foram divididos em oito tipos: J1 – Juízos cíveis com competência para toda a jurisdição cível; J2 – Juízos cíveis com competência para toda a jurisdição cível, com excepção da competência dos tribunais de comércio; J3 – Juízos cíveis com competência para toda a jurisdição cível, com excepção da competência dos tribunais de família e menores; J4 – Juízos cíveis com competência para toda a jurisdição cível, com excepção da competência dos tribunais de família e menores e dos tribunais de comércio; J5 – Juízos cíveis com competência para toda a jurisdição cível, com excepção da

possam vir a contribuir para uma distribuição de processos e de recursos humanos de acordo com critérios mais transparentes” (Santos, 2005, p. IX).

Em razão da peculiaridade do tema em estudo, complexa foi a metodologia utilizada (Santos, 2005, p. 508):

Este projecto de investigação conjuga diferentes metodologias, algumas, do nosso conhecimento, nunca utilizadas em estudos similares, o que, por um lado, fez aumentar o grau de complexidade da investigação e, por outro, a necessidade de aplicação de vários modelos e de uma interacção constante entre os dados e as componentes analíticas.

A metodologia utilizada neste projeto socorreu-se de uma multiplicidade de métodos quantitativos e qualitativos. Compreendeu a recolha e análise de vários estudos, nacionais e estrangeiros, sobre a avaliação do volume de trabalho, o desempenho dos juízes e dos tribunais e a qualidade da justiça; a recolha e tratamento de legislação relativa à organização judiciária portuguesa, ao direito processual aplicável aos processos judiciais da competência dos juízos cíveis e aos estatutos dos magistrados; a realização de entrevistas exploratórias com informadores privilegiados; a realização de entrevistas semiestru-

turadas com juízes em exercício de funções nos juízos cíveis; a realização de dois painéis de discussão com a intervenção de magistrados judiciais e de funcionários judiciais; a análise das estatísticas oficiais da justiça do GPLP do Ministério da Justiça sobre o movimento e caracterização da justiça cível e, em especial, sobre o movimento processual dos juízos cíveis e sobre a caracterização dos processos findos nesses juízos; a observação do quotidiano dos juízes e funcionários em dois tribunais; e a recolha e tratamento de dados quantitativos de uma amostra de 972 processos em sete juízos cíveis.

Para que fossem definidos indicadores de distribuição processual, de avaliação e de projeção do volume de trabalho dos magistrados dos juízos cíveis, de modo a ser designado o “tempo esperado do juiz por processo de determinada categoria de objecto de acção” (Santos, 2005, p. 20), duas informações precisaram ser coletadas: o tempo médio que o magistrado no juízo cível despende, em regra, para a prática das intervenções processuais da sua competência; e quais as intervenções um magistrado realiza nos processos de competência do juízo cível.

competência das varas cíveis; J6 – Juízos cíveis com competência para toda a jurisdição cível, com excepção da competência dos tribunais de família e menores e da competência das varas cíveis; J7 – Juízos cíveis com competência para toda a jurisdição cível, com excepção da competência dos tribunais de família e menores, dos tribunais de comércio e da competência das varas cíveis; e J8 – Juízos cíveis com competência para toda a jurisdição cível, com excepção da competência dos tribunais de família e menores, dos tribunais de comércio, da competência das varas cíveis, dos juízos de pequena instância cível e dos juízos de execução (Santos, 2005, p. 515).

A identificação do tempo médio despendido pelo magistrado foi obtida através de entrevistas semi-estruturadas com dezenove magistrados, de modo que o tempo considerado no estudo não foi o tempo real de cada intervenção, mas sim o tempo percebido pelos respondentes (Santos, 2005). Para que tal identificação ocorresse, foi executada uma coleta de dados em três etapas. Na primeira ocorreu a identificação do volume de trabalho semanal dos juízes e da forma como ele está distribuído pelas diferentes intervenções

processuais de sua competência, agregadas em sete categorias⁸. Aos entrevistados foi solicitado que, considerando o seu método de trabalho e número médio semanal de horas de trabalho, indicassem o número médio de horas de trabalho despendido, por semana, na execução das intervenções de cada uma das categorias acima referidas.

A segunda etapa consistiu na manifestação dos entrevistados do tempo médio despendido na prática de 37 categorias de intervenções⁹ selecionadas no conjunto do seu volume de

8 1) Despachos e diligências relativos à acção executiva (todo o trabalho do juiz que esteja relacionado com o processo executivo); 2) Despachos e diligências relativos ao antigo processo de recuperação de empresas e falência ou ao novo processo de insolvência (todo o trabalho do juiz que esteja relacionado com estes processos); 3) Despachos escritos de mero expediente ou de simples apreciação (com duração média até 30 min); 4) Despachos saneadores; 5) Outros despachos de fundo (sentenças que demorem mais de 30 min); 6) Audiências de produção de prova (julgamentos, outras audiências ou inquirições); 7) Outros actos públicos (juramento de peritos) (Santos, 2005, p. 316).

9 1) Despachos de indeferimento da petição inicial; 2) Despachos de recebimento da petição inicial/citações / notificações (equivalentes à citação); 3) Despachos de admissão / não admissão de articulados / reconvenção / intervenção de terceiros; 4) Despachos a conhecer da incompetência / competência do tribunal, sem ser no âmbito do despacho saneador; 5) Despachos de aperfeiçoamento; 6) Tentativas de conciliação; 7) Audiências preliminares; 8) Despacho saneador-tabelar (ex: acção não contestada, saneador com dispensa de base instrutória); 9) Despachos saneador-sentença e despachos a conhecer de excepções, nulidades, incompetências, ilegitimidades e outras questões que invalidam o prosseguimento da lide e o conhecimento do mérito da causa; 10) Despachos saneador com factos assentes e base Instrutória; 11) Despacho a decidir a reclamação relativa à selecção dos factos assentes e base Instrutória; 12) Despachos a ordenar a produção de prova; 13) Despachos a designar data para a realização de diligências / julgamentos a efectuar pelo juiz; 14) Audiências de julgamento; 15) Despachos de resposta à matéria de facto, após julgamento; 16) Sentenças homologatórias de acordos / transacções / desistências do pedido e da instância; 17) Sentenças sem prévia produção de prova (ex. processos especiais de jurisdição voluntária); 18) Sentenças após produção de prova, sem julgamento (ex. procedimentos cautelares); 19) Sentenças após julgamento; 20) Sentenças proferidas pelo juiz no âmbito de recursos de decisões proferidas por outras entidades; 21) Despachos que decidem sobre requerimentos de esclarecimento / reforma

trabalho e qual o seu peso relativo. O peso relativo de cada intervenção foi obtido com a resposta de qual a percentagem das intervenções mais demoradas, das menos demoradas, e das de duração intermédia. Com isso foi conhecido se no volume das intervenções dos 37 tipos predominavam as mais ou menos demoradas ou as de duração intermediária.

A terceira etapa tinha como objetivo conhecer o peso relativo de cada um dos 37 tipos de intervenções no volume de trabalho dos magistrados. As respostas permitiram conhecer como os magistrados avaliaram a distribuição do seu tempo de trabalho, isto é, qual a sua avaliação das intervenções mais frequentemente praticadas, e confrontá-la com as intervenções que efetivamente praticam nos processos (informação

essa obtida através da amostra de processos, a seguir descrita). Aos entrevistados foi solicitado que ordenassem, do mais freqüente para o menos freqüente, as 20 intervenções mais freqüentemente praticadas no último mês. Em seguida, para cada uma destas 20 intervenções, foi solicitado que indicassem qual o peso relativo no seu volume semanal de trabalho; o peso relativo no número de intervenções praticadas, e, se possível, o número médio absoluto de intervenções praticadas. Este tempo médio foi o usado para aplicar em cada uma das intervenções identificadas em cada um dos processos da amostra para que fosse determinado o “tempo esperado do juiz por processo de determinada categoria de objecto de acção” (Santos, 2005, p. 20).

A relação das intervenções realmente praticadas nos processos de com-

de sentenças; 22) Despachos a reparar ou sustentar o agravo/suprir nulidades; 23) Outros despachos relativos à tramitação de recursos de decisões do juiz; 24) Vistos em correição; 25) Diligências em que o juiz toma juramento/compromisso de honra a intervenientes processuais; 26) Audiências de produção de prova presididas pelo juiz sem ser em julgamento; 27) Diligências presididas pelo juiz relativas à venda/adjudicação de bens; 28) Conferências com os pais, no âmbito da regulação do poder paternal; 29) Conferência de interessados, em processo de inventário/divisão de coisa comum/separação de bens; 30) Despacho determinativo da forma à partilha; 31) Decisão relativa a incidentes em processo de inventário; 32) Assembléias de credores (processos de recuperação empresas/falência/ insolvência); 33) Outros despachos de mero expediente; 34) Despachos e diligências relativos à acção executiva antiga (todo o trabalho do juiz que esteja relacionado com o processo executivo); 35) Despachos e diligências relativos à nova acção executiva (todo o trabalho do juiz que esteja relacionado com o processo executivo); 36) Despachos e diligências relativos ao antigo processo de recuperação de empresas e falência (todo o trabalho do juiz que esteja relacionado com estes processos); 37) Despachos e diligências relativos ao novo processo de insolvência (todo o trabalho do juiz que esteja relacionado com estes processos) (Santos, 2005, p. 318).

petência dos juízos cíveis foi obtida pela consulta e da análise de uma amostra estratificada de 972 processos, elaborada de forma proporcional pelas 87 diferentes naturezas de litígio, de acordo com a classificação do Gabinete de Política Legislativa e Planejamento do Ministério da Justiça, agregadas em 15 categorias: 1) divórcio; 2) inventário; 3) outras acções sobre o estado das pessoas, família e sucessões; 4) dívidas; 5) contrato de arrendamento; 6) outros actos, contratos e outras obrigações; 7) direito de propriedade e direitos reais; 8) tutelares cíveis; 9) recuperação de empresas; 10) registos e notariado; 11) procedimentos cautelares; 12) embargos de executado; 13) reclamação de créditos; 14) outros processos; 15) acções executivas (Santos, 2005).

Para os processos da amostra, foram registradas as intervenções praticadas, a data da sua realização e quem as fez, se foi magistrado, servidor judicial, membro do Ministério Público ou uma das partes. A análise dos processos da amostra possibilitou o detalhamento, de cada processo, da natureza do litígio e a sua forma; da duração das diferentes fases; dos intervenientes processuais; das intervenções praticadas; da sua frequência; da distribuição cronológica; e o tempo que cada interveniente teve o processo ao seu dispor para realizar a sua intervenção.

Portanto, a obtenção do indicador “tempo esperado do magistrado por processo”, em cada uma das 15 cate-

gorias de litígio acima referidas, decorreu da interrelação da média de minutos despendida pelos magistrados em cada tipo de intervenção identificada com a duração média da categoria de processo, considerando o peso relativo das diversas naturezas de litígio dentro de cada uma das 15 categorias. Para cada categoria foi apresentado um quadro com a duração média ponderada dos processos da categoria antes e depois da sentença, e o tempo esperado do magistrado por processo da categoria antes e depois da sentença.

Com esta metodologia foi possível a realização de projecções do volume de trabalho (Santos, 2005, p. 471):

As metodologias desenvolvidas no nosso estudo permitiram-nos construir um indicador que designamos de “tempo esperado do juiz no processo” para cada uma das 15 categorias de naturezas de litígio identificadas nos capítulos precedentes. É possível, conhecendo os processos entrados e pendentes num dado juízo, ter, através daquele indicador, uma estimativa do volume de trabalho dos juízes e avaliar em que medida se espera que esse volume de trabalho já tenha ultrapassado ou não o seu tempo de trabalho disponível ou se espera que o venha a ultrapassar, levando a que o juiz entre numa situação de sobrecarga e conseqüente acumulação de volume de trabalho.

Os valores encontrados e esperados para a duração das categorias de processos acima expostas são os seguintes:

Quadro 4 – Resultados parciais do estudo do OPJ - Comparação das 15 naturezas de litígio, ordenadas por minutos/mês de tempo esperado do juiz

Objeto de litígio por categoria agregada	Duração (meses e anos)	Tempo esperado (minutos)	Nº de atos no processo (média)	Minutos por mês
Recuperação de empresas e falências	3 anos e 9 meses e meio	1.062,87	33,32	23,4
Procedimentos cautelares	10 meses e meio	217,22	7,39	20,7
Registros e notariado	1 ano e 2 meses e meio	237,81	8,15	16,4
Divórcio	1 ano e 7 meses e meio	308,46	10,51	15,8
Outros atos, contratos e obrigações	2 anos e 10 meses	393,64	13,75	11,6
Outras ações sobre estado das pessoas, famílias e sucessões	2 anos e 3 meses	305,06	15,43	11,3
Embargos de executado	2 anos e 6 meses	331,98	10,22	11,1
Ações tutelares cíveis	1 ano e 7 meses e meio	215,02	10,00	11,0
Contratos de arrendamento	1 ano e 8 meses	212,13	8,28	10,6
Inventários	3 anos e 7 meses	446,33	24,75	10,4
Direito de propriedade e direitos reais	3 anos e 1 mês	361,92	13,00	9,8
Dívidas	1 ano e 2 meses e meio	130,28	4,79	9,0
Outras	1 ano e 6 meses	157,47	7,55	8,8
Reclamação de créditos	1 ano e 5 meses	105,01	4,78	6,2
Executivas	2 anos e 3 meses	120,27	-	4,4

Fonte: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Os actos e os tempos dos juizes: contributos para a construção de indicadores da distribuição processual nos juízos cíveis*, 2005, p. 465.

E sobre as conclusões do estudo, Boaventura de Souza Santos pondera (2005, p. 533):

O que construímos são apenas indicadores, valores de referência, que nos permitem fazer dois tipos de estimativas. A primeira é saber, quando determinado processo entra num juízo cível, qual o trabalho, quer em média de actos, quer em tempo, que se estima que o juiz vá despendar com ele e durante quanto tempo (indicadores que, do nosso conhecimento, até agora em nenhum outro estudo foram alcançados). Estes indicadores podem ser usados para criar critérios mais objetivos e mais transparentes de distribuição de processos, quer internamen-

te no tribunal, pelos vários juizes, quer mesmo, entre tribunais. É possível, a partir deles, conceber uma aplicação informática que vá contabilizando o tempo esperado do juiz, sempre que um determinado processo lhe é distribuído, podendo incorporar, nessa aplicação, sistemas de alerta que assinalarão uma situação de excesso de trabalho, sempre que o volume de trabalho estimado ultrapasse o tempo de trabalho disponível. Logo que sinalizada a situação, ela deveria levar à sua avaliação e, uma vez comprovada, à intervenção, sobre ela.

Os indicadores apresentados podem, também, como demonstramos nos exercícios, servir para estimar o volume de trabalho, num determinado

momento, do juiz de um juízo cível e compará-lo com o tempo de trabalho disponível, permitindo, a partir deles, saber se o juiz está, ou não, em sobrecarga e distinguir situações em que estaremos perante problemas sistêmicos de situações em que estaremos perante problemas de desempenho. Mas, a avaliação que, a partir daquela estimativa, se faça deve sempre ter em conta o impacto de outros fatores, designadamente dos fatores acima referidos, que só podem ser verificados no caso concreto em avaliação.

Como é possível observar, as diferentes experiências internacionais na busca por indicadores de carga de trabalho de magistrados, embora apresentem objetivos comuns, diferem em aspectos metodológicos. A seguir abordamos como os órgãos superiores do Judiciário brasileiro vêm desenvolvendo esforços no sentido de medir a carga de trabalho da Justiça, sendo em seguida apresentada a metodologia aplicada no estudo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e, por fim, serão feitas considerações acerca dos diferentes métodos de pesquisa empregados.

3. O ESTUDO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA DE MENSURAÇÃO DA CARGA DE TRABALHO DOS MAGISTRADOS

Em maio de 2005 foi organizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) o seminário *A Justiça em Números – Indicadores Estatísticos do Poder Judiciário Brasileiro*, que apresentou relatórios estatísticos consolidados sobre as Justiças Comum, Federal e Trabalhista relativos ao ano de 2003, além de indicadores do STF, Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Tribunal Superior do Trabalho (TST) (Supremo Tribunal Federal, 2005). Dentre outros indicadores, foi apresentada uma fórmula de cálculo da carga de trabalho para as entrâncias da maioria dos âmbitos do Judiciário nacional.¹⁰ A fórmula mantinha as mesmas variáveis para todos os níveis analisados, exibindo variação no período e no tipo de processos considerados em algumas variáveis.

O Seminário apresentou a carga de trabalho de cada âmbito do Judiciário e em cada Estado, e estabeleceu uma média geral para cada Justiça analisada.

No início de 2006, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apresentou a segunda edição do estudo *A Justiça em Números* com os indicadores estatísticos do Poder Judiciário referentes ao ano de 2004, tendo analisado os mesmos âmbitos do estudo precedente e considerado variáveis diversas para estruturar a fórmula para o cálculo da carga de trabalho. Nesta edição, o estudo não considerou o número de processos sentenciados que estão em fase

10 Justiça Federal de 1º e 2º Grau; Juizado Especial Federal; Justiça do Trabalho de 1º e 2º Grau; Justiça Estadual de 1º e 2º Grau; e Juizados Especiais.

de execução de sentença (Conselho Nacional da Justiça, 2006).

Em termos gerais, a fórmula de cálculo da carga de trabalho considerava a seguinte estrutura:

$$K = \frac{CN + C_{pj} + C_{ex}}{Mag}$$

Na qual:

K = Carga de trabalho

CN = Casos novos

C_{pj} = Casos pendentes de julgamento

C_{ex} = Processos sentenciados, em execução¹¹

Mag = Número de magistrados do âmbito de análise

Os resultados da aplicação desta fórmula são apresentados no quadro a seguir.

Quadro 5 – Resultados do cálculo da carga de trabalho por magistrado em diferentes níveis do Judiciário brasileiro realizado pelo STF e pelo CNJ – resultados das médias nacionais por nível

Nível da Justiça Analisado	Ano de realização do estudo A Justiça em Números	
	2003	2004
Supremo Tribunal Federal	23.996	-
Superior Tribunal de Justiça	9.547	9.944
Tribunal Superior do Trabalho	19.562	21.519,41
Justiça Federal do 2º grau	10.070	9.571
Justiça Federal do 1º grau	6.505	5.222
Justiça Federal - Juizados Especiais	28.855	29.031
Justiça do Trabalho de 2º grau	1.300	1.074,77
Justiça do Trabalho de 1º grau	1.898	1.974,76
Justiça do Trabalho de 1º grau (fase de conhecimento)	-	951,43
Justiça do Trabalho de 1º grau (fase de execução)	-	1.023,32
Justiça Estadual de 2º grau	1.306,87	1.482,67
Justiça Estadual de 1º grau	3.400,79	3.041,74
Justiça Estadual - Juizados Especiais	6.398,13	3.929,38

Fontes: Supremo Tribunal Federal e Conselho Nacional de Justiça. A Justiça em Números: Indicadores Estatísticos do Poder Judiciário. Anos 2003 e 2004.

A pesquisa do STF foi alvo de críticas, sobretudo pelas supostas

imprecisões metodológicas e falhas na análise e interpretação estatística, atacadas pelo doutor em Direito do Trabalho pela PUC/SP João José Sady como “manipulação estatística por métodos reducionistas”. Tais imprecisões não levariam em conta a “evolução irracional e a distribuição desigual de recursos” (Sady, 2005).

Solange Salgado, presidente da Ajufer – Associação dos Juizes Federais da 1ª Região, também não poupou críticas à metodologia empregada pelo STF: “a definição dos métodos de pesquisa é que garantirá o seu resultado positivo. A decisão da inclusão de situações peculiares na essência e no resultado, bem como a adoção de dados comparativos provenientes de reali-

dades diversas, geraram, como não poderia deixar de ser, um resultado equivocado, muito aquém das necessidades dos utilizadores da pesquisa” (Salgado, 2005). Entre os principais equívocos apontados pela juíza está a forma como foi calculada a taxa

de congestionamento,¹¹ a eleição de um único ano como método para a pesquisa

¹¹ Número de sentenças proferidas X casos novos, pendentes e processos em execução.

e o cálculo de apuração do custo do judiciário.

“As execuções fiscais terminam se eternizando na Justiça”, diz o presidente da AJUFE, uma vez que o cumprimento da condenação não depende da ação do juiz. Logo, as ações de execução fiscal não deveriam entrar no cômputo da pesquisa e muito menos compor índices de congestionamento. Segundo um levantamento realizado pelo TJ de São Paulo, das mais de 13 milhões de ações que ainda não foram concluídas, cerca de 7 milhões são de execução fiscal (Nanci, 2005).

Uma das principais informações trazidas à luz pela pesquisa do STF é a de que o Brasil tem um número médio de 7,7 juízes para cada 100.000 habitantes, mais do que a média internacional e um número de servidores que atinge mais do que o dobro da média internacional, o que poderia induzir à conclusão de que há magistrados e servidores em excesso, o que não necessariamente ocorre. “Um bom advogado pode usar até 120 recursos para protelar a sentença [...] é até natural que a gente precise de mais funcionários que os outros países”, afirmou o jurista Dalmo Dallari, de São Paulo (Oltamari, 2005).

“Um dos indicadores que chamaram mais a atenção [na pesquisa do STF] foi a alta taxa de congestionamento: 84% na Justiça Federal. O número revela que de 100 processos que entraram em 2003, somados aos remanescentes de 2002, apenas 16 foram solucionados” – afirma-se em matéria publicada no sítio Canal Justiça (2004). Na

mesma matéria, o Ministro Jobim se defende afirmando que estes resultados não são provocados por inoperância, mas por “um conjunto de situações”.

O número médio de juízes para cada 100 mil habitantes (um dos indicadores utilizados pelo STF) é determinante da celeridade da Justiça? Muitos especialistas consideram que não, dadas as peculiaridades da estrutura dos sistemas judiciais de cada país e as características específicas dos processos. “Também não se deve alimentar a idéia, levantada pelo estudo [do STF], de que o Judiciário custa muito caro aos cofres públicos, ‘como se um serviço essencial pudesse ser avaliado através de valores’ – afirmou o presidente da Anamatra – Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho, Grijalbo Fernandes Coutinho (Nanci, 2005).

Uma das críticas mais severas partiu do presidente do STJ, Ministro Edson Vidigal, e do Ministro César Rocha, que afirmaram “não saber aonde se quer chegar com a pesquisa” (Cordeiro, 2005).

Apesar das críticas, a pesquisa do STF tem o mérito indubitável de tentar trazer à tona dados e indicadores que possibilitem à administração judiciária trabalhar de forma mais objetiva e precisa em suas análises, decisões e planejamento.

4. UMA EXPERIÊNCIA LOCAL DE DESENVOLVIMENTO E APLICAÇÃO DE UMA METODOLOGIA DE MENSURAÇÃO DA CARGA DE TRABALHO DE MAGISTRADOS:

O ESTUDO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

O estudo *Análise da Carga e da Distribuição de Trabalho no Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul: Magistrados e Servidores da Justiça de Primeiro Grau* foi realizado atendendo a uma solicitação da Corregedoria-Geral da Justiça e do Plano de Gestão pela Qualidade no Judiciário.

O objetivo geral da pesquisa foi o levantamento e análise da carga e distribuição de trabalho no Poder Judiciário do Estado – Justiça de Primeiro Grau. Os objetivos específicos foram: identificar os tipos de processos nos quais os magistrados e os servidores de primeiro grau atuam; estabelecer indicadores da carga de trabalho nas atividades que exigem intervenções diretas nos processos judiciais, nas administrativas, de representação e de aperfeiçoamento, a partir da análise do número médio de horas semanais utilizadas nestas intervenções; estabelecer indicadores do número de processos recebidos e atendidos mensalmente pelos magistrados e pelos servidores; estabelecer indicadores a respeito do ambiente físico no qual os magistrados e os servidores atuam; e identificar as percepções acerca da carga de trabalho.

Na etapa de planejamento da pesquisa, as metodologias empregadas em outros países e mesmo no Judiciário Federal foram analisadas a fim de que se verificasse a aplicabilidade das mesmas aos objetivos da pesquisa do TJ-RS.

De imediato foram descartados os desenhos de pesquisa que previam a utilização de amostras estratificadas, haja vista ser intenção do Tribunal traçar um mapa geral da justiça gaúcha. A grande heterogeneidade da população-alvo exigiria a estratificação em grupos muito pequenos e não representativos da população geral, o que causaria problemas na generalização dos achados e na própria operacionalização da pesquisa de campo, exigindo recursos indisponíveis no momento. Num segundo momento, foram descartadas as metodologias qualitativas devido à necessidade de quantificação da carga de trabalho e de sua expressão em números que apoiassem o dimensionamento do quadro de magistrados e o planejamento de políticas de distribuição de processos. O registro pelos próprios magistrados, ou por grupos de pesquisadores, dos tempos envolvidos nos atos processuais, acabou sendo cogitado como método complementar, possível de aplicação em um segundo estudo, igualmente devido aos recursos envolvidos e à disponibilidade demandada dos magistrados. Finalmente, optou-se pelo método abaixo descrito considerando-se experiências bem sucedidas em ambientes diversos e por ser um método consagrado na Administração.

A seguir, o detalhamento da metodologia empregada.

4.1 População alvo

Considerando as características dos diversos segmentos do Poder Judiciário,

a pesquisa foi planejada no sentido de obter informações junto a todos os magistrados e servidores em atuação no Poder Judiciário do Rio Grande do Sul.

Com tal definição foram incluídos na amostra magistrados e servidores que atuavam em todos os tipos de processos da Justiça de primeiro grau, nas entrâncias inicial, intermediária e final.

4.2 Instrumentos de coleta de dados: desenvolvimento do questionário

Para a aplicação da pesquisa foi desenvolvido um questionário estruturado, com perguntas fechadas, contendo variáveis qualitativas¹² e quantitativas¹³ capazes de permitir a descrição e análise dos objetivos específicos.

Inicialmente havia a proposta de encaminhar os questionários por mala direta, a todos os magistrados registrados no Tribunal de Justiça, com data pré-estabelecida para devolução. No entanto, contatos posteriores com o Departamento de Informática do Tribunal conduziram à opção pela disponibilidade de um questionário via “intranet”, um método que pode ser considerado mais vantajoso sob o ponto de vista do custo econômico, do tempo de retorno e dos índices de cooperação dos informantes.

O questionário foi organizado em forma de blocos, com questões destinadas aos seguintes aspectos:

1. Identificação da comarca e unidade de trabalho;
2. Perfil do magistrado;
3. Atividades desenvolvidas;
4. Características físicas do ambiente de trabalho;
5. Opiniões a respeito das condições gerais de trabalho;
6. Percepções sobre a carga de trabalho.

Uma vez estabelecidas as perguntas e devidamente estruturado, o questionário foi testado junto a um grupo de cinco magistrados. Foi também realizada uma entrevista pessoal com os mesmos, no sentido de colher informações detalhadas a respeito das dificuldades encontradas no preenchimento, receber sugestões de alterações e dimensionar o tempo destinado ao preenchimento. Os resultados colhidos no teste de preenchimento e nas entrevistas pessoais foram incorporados ao questionário.

Após o período de teste e revisão do questionário, estabelecidos o seu conteúdo e formato final, o mesmo foi disponibilizado na “intranet” do Tribunal de Justiça, entre 8 horas do dia 29 de agosto e 12 horas do dia 08 de setembro de 2005, ou seja, durante 9 dias úteis.

12 Variáveis qualitativas são aquelas que tratam de atributos ou características não mensuráveis numericamente, como sexo, grau de instrução, tipos de processos em que atua, etc.

13 Variáveis quantitativas são aquelas que tratam de características mensuráveis numericamente, como idade, tempo de serviço, nº de horas que dedica a alguma atividade, nº de processos que recebe, etc.

Neste período foram recebidos 185 questionários dos 771 cargos providos. Portanto, uma taxa de retorno de 24,0% por parte dos magistrados.

4.3 Amostragem realizada

As pesquisas onde não é possível selecionar, *a priori*, as pessoas que serão entrevistadas, são consideradas como não-probabilísticas. Pesquisas de opinião, eleitorais, de posicionamento de marca e várias outras, assim como a realizada pelo Tribunal de Justiça, enquadram-se nesta categoria.

Nesta pesquisa do Tribunal de Justiça, a realização de uma amostragem probabilística exigiria recursos e tempo muito superiores aos planejados, razão pela qual a equipe técnica do projeto decidiu por um método cujo custo atendia à limitação orçamentária, sem prejuízos com respeito a representatividade da amostra.

A amostra de 185 magistrados que responderam à pesquisa, dado o universo de 771 cargos providos, apresenta um erro de 2,94% para a média de horas semanais exclusivamente dedicadas às atividades que exigem intervenções diretas nos processos judiciais. Este erro encontra-se dentro de padrões aceitáveis para este tipo de estudo.

4.4 Técnicas estatísticas utilizadas

Para possibilitar uma análise de todas as informações solicitadas no questionário, foram elaboradas tabelas com os resultados encontrados indivi-

dualmente para as variáveis e também para alguns cruzamentos entre variáveis.

Para as variáveis quantitativas foram calculadas médias, identificados os valores mínimos e máximos observados, e calculadas outras medidas estatísticas necessárias à análise dos dados. Para as variáveis qualitativas foram calculadas percentagens.

As variáveis escolhidas para avaliar o volume e a complexidade da atividade jurisdicional foram transformadas numa pontuação, capaz de permitir a sua classificação em ordem crescente.

4.5 Indicadores utilizados para medir a carga de trabalho dos magistrados

a) *Número de tipos de processos em que o magistrado atua.* Foi atribuído um ponto para os que atuavam em apenas um tipo de processo, dois pontos para os que atuavam em dois tipos, quatro pontos para os que atuavam em três ou quatro tipos, cinco pontos para aqueles magistrados que atuavam de cinco a sete tipos, seis para os atuantes entre oito e doze tipos, e finalmente sete pontos para os que atuavam em treze ou quatorze tipos de processos diferentes. Esta atribuição avalia apenas a complexidade da atividade exercida e não a complexidade do conteúdo do processo. A atuação em mais de um tipo de processo exige do magistrado conhecimento mais diversificado, logo, mais complexo e mais abrangente. Uma sentença num processo de execução criminal exige do magistrado conhe-

cimentos diferentes daqueles necessários para uma sentença num processo de falência ou concordata. Assim sendo, quanto maior o número de tipos de processos no qual o magistrado atuava mais pontos lhe foram atribuídos.

b) *Funções que exerce atualmente*. Considerando as diversas funções exercidas pelos magistrados, foi atribuído um ponto para os que somente exerciam a função de pretor ou somente juiz de direito. Para os que exerciam as funções de pretor, juiz de direito, juiz eleitoral e diretor de foro foram atribuídos quatro pontos. Tal como ocorreu com o tipo de processo, também no caso das funções exercidas foi considerado um maior número de pontos para os que exerciam mais funções.

c) *Total de horas semanais em atividades que exigem intervenções diretas nos processos judiciais*: máximo de cinco pontos, atribuídos de acordo com a metodologia apresentada logo abaixo, que foi utilizada também para os indicadores 4, 5, 6 e 7.

d) *Total de horas semanais em atividades administrativas*: máximo de quatro pontos.

e) *Total de horas anuais em atividades de representação*: máximo de quatro pontos.

f) *Total de horas anuais em participações em congressos, simpósios, seminários e outras atividades de aperfeiçoamento, como ouvinte, oferecidos pelo TJ*: máximo de quatro pontos.

g) *Total de horas mensais em outras atividades*: máximo de quatro pontos.

A atribuição de pontos para as horas de trabalho considerou a distribuição das horas encontrada para todos os magistrados da amostra, adotando-se sempre quatro faixas para cada indicador. Ou seja, as horas de trabalho respondidas pelos magistrados foram divididas em quatro faixas (por exemplo, 1ª faixa - 16 a 30 horas; 2ª faixa - 31 a 40 horas; 3ª faixa - 41 a 50 horas; 4ª faixa - 51 a 60 horas). À primeira faixa foi atribuído um ponto, à segunda dois, à terceira três e à quarta faixa quatro pontos.

O uso da distribuição das horas efetivamente respondidas pelos magistrados da amostra, e não modelos que teorizam o número de horas que os magistrados deveriam cumprir em suas jornadas de trabalho, permitiu calcular a carga de trabalho efetivamente cumprida, tornando mais realista a avaliação que se deseja fazer.

h) *Número de processos que recebe mensalmente*. A atribuição de pontos para o número de processos que recebe mensalmente também considerou a distribuição dos valores encontrada para todos os magistrados da amostra. Para esta distribuição foram adotadas oito faixas. À primeira faixa foi atribuído um ponto, à segunda dois, e assim sucessivamente até a oitava faixa, que recebeu oito pontos.

i) *Disponibilidade de pessoal*. A pontuação para esta variável foi estabelecida em função dos pontos atribuídos ao indicador 8 “Número de processos que recebe mensalmente” e dos pontos atribuídos ao “número de assessorias”. Na situação onde a pon-

tuação do número de processos recebidos era baixa e a pontuação das assessorias alta, foi atribuído o escore -1 (menos um). Para uma pontuação do número de processos recebidos baixa e pontuação das assessorias também baixa, assim como, nas situações onde a pontuação do número de processos recebidos era alta e a pontuação das assessorias também alta, foi atribuído o escore 0 (zero). Na situação onde a pontuação do número de processos recebidos era alta e a pontuação das assessorias baixa, foi atribuído o escore +1 (mais um).

Considerando a metodologia de atribuição de pontos acima especificada, o máximo de pontos que um magistrado poderia atingir, somando a pontuação dos nove indicadores, seria de quarenta e um.

Neste caso extremo, o magistrado deveria ter informado que atuava em mais do que treze tipos de processos, exercia todas as funções que poderiam ser a ele atribuídas, ocupava sempre o número máximo de horas nas distribuições encontradas para o total de horas semanais dedicadas às atividades diretas nos processos judiciais, nas atividades administrativas, no total de horas mensais em outras atividades e no total de horas anuais de representação e participação em congressos.

Deveria também ter informado que recebia mensalmente acima de quatro mil processos, e o número de assessorias disponíveis era muito baixo.

Evidentemente tal situação extrema não ocorreu, chegando o número total de pontos para a carga de trabalho a um máximo de vinte e oito pontos e a um mínimo de três pontos. O número médio de pontos foi de dezessete, observando-se ainda que 50% dos magistrados da amostra alcançaram entre 17 e 28 pontos.

4.6 Modelo geral da função “carga de trabalho”

Considerando a “carga de trabalho” como variável dependente¹⁴ (Y), o seu resultado final é representado pela soma das pontuações das seguintes variáveis independentes¹⁵ (X):

- X_1 – Tipos diferentes de processos em que atua (variável “proxi” da complexidade da atividade);
- X_2 – Funções que exerce atualmente;
- X_3 – Carga horária total nas intervenções judiciais diretas;
- X_4 – Carga horária total nas atividades administrativas;
- X_5 – Carga horária total nas atividades de representação;

14 Variável dependente é aquela afetada ou explicada pelas variáveis independentes. Ou seja, seus valores irão variar de acordo com as mudanças nas variáveis independentes.

15 Variável independente é aquela que afeta ou explica as variações ocorridas na variável dependente.

X_6 – Carga horária nas atividades de aperfeiçoamento;

X_7 – Carga horária nas outras atividades;

X_8 – Número de processos que recebe mensalmente;

X_9 – Assessorias: disponibilidade de pessoal.

A soma total dos pontos atribuídos a cada magistrado para as nove variáveis independentes, foi então considerada uma estimativa da carga de trabalho. Segundo a metodologia adotada para avaliação da carga de trabalho, os magistrados com atuação em qualquer entrância tiveram a mesma probabilidade de atingirem o máximo de pontos encontrados, no caso, vinte e oito pontos. Assim sendo, e tendo em vista a não identificação dos magistrados que prestaram as informações, foi possível comparar as situações entre as entrâncias inicial, intermediária, final e foro central.

Estabeleceu-se ainda que o nível baixo de carga de trabalho seria atribuído aos informantes que atingiram valores abaixo de 10 pontos, o nível médio entre 11 e 19 pontos e o nível alto acima de 20 pontos.

4.7 Apresentação dos resultados

O primeiro objetivo do estudo era o de realizar o levantamento da percepção da carga de trabalho semanal dos

magistrados de primeiro grau do Estado mediante questionários. O quadro a seguir expõe o resultado desta verificação das atividades inerentes ao cargo.

Quadro 6 – Carga de Trabalho dos Magistrados de 1º Grau do Rio Grande do Sul

Atividades	Carga horária semanal média
Intervenção direta nos processos Administrativos	49 horas e 45 minutos
De representação	2 horas e 16 minutos
De aperfeiçoamento	0
Reuniões e eventos externos	1 hora
Total de horas semanais	54 horas

Fonte: COSTA; MICHEL e MICHEL, 2005, p. 110.

A partir dos dados acima, concluiu-se que *cada magistrado trabalha em média 54 horas semanais, dedicadas exclusivamente às atividades relacionadas ao exercício da magistratura*. Em uma semana de 5 dias isto representaria quase 11 horas diárias. Em uma semana de 6 dias, em torno de 9 horas diárias.

Fica evidente que *a carga de trabalho total dos Magistrados é excessiva e, basicamente, dedicada à intervenção direta nos processos judiciais* (considerando uma carga horária semanal de 40 horas). Cabe a ressalva de que nestes itens não foi realizado o corte estatístico aplicado no último momento do estudo, mantendo-se os valores extremos que indicariam uma dedicação de meio-período (20 horas) ou até integral (70 horas) ou, novamente, um simples erro de preenchimento do questionário.

O levantamento da distribuição dos níveis de carga de trabalho segundo as entrâncias onde os magistrados de

primeiro grau atuam era o segundo objetivo da pesquisa.

Quadro 7 – Distribuição dos níveis de carga de trabalho segundo as entrâncias onde os magistrados atuam

Faixas de Carga de Trabalho Magistrados	Entrância							
	Inicial		Intermediária		Final		Total	
	N	%	N	%	N	%	N	%
Baixo	0	0	11	13,8	21	50	32	17,3
Médio	12	19	50	62,5	21	50	83	44,9
Alto	51	81	19	23,8	0	0	70	37,8
Total	63	100	80	100	42	100	185	100

Fonte: COSTA; MICHEL e MICHEL, 2005, p. 129.

Estimou-se a existência de um nível alto de carga de trabalho em 81% dos magistrados que atuam na entrância inicial participantes da pesquisa; e os restantes 19% foram situados no nível médio de carga de trabalho.

Na entrância intermediária 13,8% dos magistrados estão no nível baixo, 62,5% no médio e 23,8% no alto.

Dos magistrados atuando na entrância final e que responderam o questionário, a proporção é igual nos níveis baixo e médio de carga de trabalho (50%), não havendo observação no nível alto.

Destaca-se, nesta estimativa, a interferência do fator “X1” (complexidade da atividade), calculado com base no número de tipos de processos em que o magistrado atua. Naturalmente, as Varas especializadas, concentradas nas instâncias finais, obtiveram pontuação menor neste item. Desta forma, poder-se-ia explicar o porquê das entrâncias iniciais terem a maior carga de trabalho, em que pese este ser apenas um dos fatores de cálculo. Também não foi ignorado que o mesmo tipo de pro-

cesso pode variar em grau de complexidade. Por exemplo, um processo

criminal varia de um simples furto a um homicídio qualificado com necessidade de ouvir diversas testemunhas. Um processo de divórcio na Vara de Família e Sucessões pode

variar de consensual, sem filhos e sem bens até um processo litigioso, com disputa pela guarda dos filhos e pela divisão de inúmeros bens. E assim por diante. Entretanto (e até por este motivo), cientes destas diferentes possibilidades, optou-se por calcular a variável complexidade da forma acima descrita.

O último dos objetivos específicos propostos na pesquisa foi o de estabelecer indicadores do número de processos recebidos e atendidos mensalmente, e como consequência, estudar uma relação ideal entre o número de processos e o número de magistrados.

Para atingir esse objetivo foi utilizada a técnica estatística de estimação por intervalos de confiança, adequada ao estudo pelo fato de se trabalhar com amostra e não com a população total de magistrados da primeira instância.

Considerando a informação registrada nos questionários no que diz respeito ao número médio de processos que os magistrados atendem mensalmente, foi estabelecida uma metodologia no sentido de identificar os limites do número de processos que atende-

riam considerando uma jornada de 40 horas semanais de trabalho.

A partir da carga horária semanal média de 54 horas, conforme resultados encontrados para as atividades diretas, administrativas, de representação, de aperfeiçoamento e de reuniões ou eventos externos, foi estabelecida uma proporcionalidade com o número de processos que atende mensalmente. Estabelecida a proporcionalidade para as 54 horas, foi calculado para cada um dos magistrados que responderam a pesquisa o número de processos que atenderia por mês caso a jornada de trabalho semanal fosse de 40 horas.

Devido a grande variabilidade encontrada no número de processos em todas as entrâncias analisadas, foi realizado um corte nos valores extremos inferiores e superiores não superior a 20% dos casos.

Os resultados, por entrância, são a seguir descritos (Costa; Michel; Michel, 2005).

a) Entrância Inicial: para uma média de 878 processos atendidos encontrou-se um intervalo de 715 a 1.040 processos, considerando uma probabilidade de confiança de 95%. Isto significa a existência de um grau de crença de 95% de que o número médio de processos que um magistrado na entrância inicial tem condições de atender mensalmente é algum valor entre 715 e 1.040.

b) Entrância Intermediária: para uma média de 1008 processos atendidos encontrou-se um intervalo de 845 a 1.170 processos, considerando uma probabilidade de confiança de 95%.

c) Entrância Final: para uma média de 1.195 processos atendidos encontrou-se um intervalo de 910 a 1.480 processos, considerando uma probabilidade de confiança de 95%.

Com muito boa aproximação os valores acima calculados revelam uma situação ideal, pois foram determinados a partir de uma realidade informada pelos magistrados, e considerando uma carga horária legal de 40 horas semanais de trabalho.

5. ANÁLISE COMPARATIVA DAS METODOLOGIAS EMPREGADAS

A análise aqui proposta restringiu-se a alguns modelos de cálculo de carga de trabalho aos quais foi possível obter acesso, em um dos casos de forma indireta, através da análise do pesquisador português Boaventura de Sousa Santos. Embora cientes das limitações que tal abordagem representa, julgou-se relevante a discussão das peculiaridades de cada método, como subsídio para futuras pesquisas e consultas. Os métodos quantitativos e qualitativos, as técnicas mistas, os diferentes grupos amostrais, as variáveis selecionadas e as fórmulas de cálculos fazem destes estudos uma fonte de consulta rica, porém difícil.

Inicialmente os estudos apresentaram várias diferenças quanto ao âmbito de análise. O estudo do STF possui uma extensão nacional, pois compreendeu dados de todos os Tribunais Estaduais e Federais. O estudo espanhol

também possui tal abrangência, pois os *módulos de trabajo* são elaborados de forma a determinar a carga máxima de trabalho suportável de um órgão judicial. Os estudos portugueses trabalharam com magistrados de tribunais cíveis e criminais de algumas localidades somente, e não de todo o país. Já a pesquisa realizada para o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul teve o seu âmbito restrito aos magistrados de primeiro grau do Estado. Os métodos apresentados no estudo americano *Assessing the need for judges and court support staff* foram elaborados considerando a realidade das justiças estaduais. O *The Case-Related Workload Measures* foi elaborado considerando a produtividade dos magistrados federais norte-americanos.

Em razão desta diferença de âmbitos, os focos das metodologias apresentadas e as medidas utilizadas para a avaliação da carga de trabalho dos magistrados também são distintas. O estudo do Hay Group considera a complexidade dos processos judiciais, a capacidade física instalada, os recursos humanos disponíveis, a experiência do magistrado, o número de horas de trabalho disponíveis e o tempo dedicado à atividade jurisdicional. Com essas variáveis sugere uma fórmula para determinar a carga de trabalho adequada aos magistrados criminais. Já o estudo coordenado por Boaventura de Souza Santos classificou as diversas intervenções realizadas por magistrados em algumas categorias de processos cíveis, de modo a encontrar o tempo esperado para a ação do magistrado em cada

um dos tipos de processos selecionados, considerando o peso de cada tarefa nos processos.

O detalhamento das intervenções processuais realizadas pelos magistrados e o tempo necessário para tal, e a ponderação das tarefas processuais e dos tipos de processos também são recomendadas no estudo norte-americano do NCSC. Por fim, o estudo recomenda, para verificar a necessidade de magistrados, a divisão do tempo total exigido para apreciar determinado tipo de processo pelo tempo disponível pelo magistrado para apreciação de processos. Já o sistema do *The Case-Related Workload Measures* foi estruturado inicialmente considerando somente os tempos dedicados aos processos pelos magistrados, de modo a elaborar os valores temporais referenciais para o limite da carga de trabalho. Posteriormente o número de atividades em que o magistrado se envolve considerado foi expandido, de modo a incluir outras atividades como a participação de audiências e realização de despachos.

O material disponível relativo aos *módulos de trabajo* não permitiram o conhecimento preciso da forma que o órgão de cúpula sobre gestão do Poder Judiciário espanhol estabelece o número ideal de processos. Os dados disponíveis simplesmente indicam que o volume de processos acima do estabelecido é o indicador de que a carga de trabalho é excessiva.

A fórmula proposta pelo Supremo Tribunal Federal e adotada posterior-

mente pelo Conselho Nacional de Justiça trabalha somente com dados quantitativos: casos novos, casos pendentes de julgamento, processos já sentenciados em execução e número de magistrados.

O estudo gaúcho trabalhou com variáveis diversas: o tempo médio percebido pelos magistrados despendido na intervenção de processos, atividades administrativas, aperfeiçoamento, representação e outras; além de considerar a infra-estrutura material e humana, a entrância, o número de processos recebidos e os tipos de processos em que atua. De tais elementos foram calculadas as médias, valores mínimos e máximos, as percentagens e a pontuação das variáveis escolhidas, de modo a possibilitar a avaliação do volume e da complexidade do trabalho por entrância de atuação.

Em que pesem as diferenças expostas, todos os estudos objetivaram estimar qual a carga de trabalho adequada para o número de magistrados disponíveis em cada realidade analisada, com vistas ao dimensionamento do quadro de magistrados e ao planejamento da distribuição de processos. Destaca-se como objetivos adicionais relevantes os do estudo do STF, cujo objetivo principal foi a criação de indicadores nacionais de gestão, de modo a identificar os “gargalos” e causas para a lentidão do Judiciário brasileiro.

Acredita-se que nenhum dos estudos acima apresentados está isento de imperfeições. O método *Weighted Caseload*, conforme analisado por

Flango e Ostrom (1996) apresenta dificuldades na obtenção da cooperação dos magistrados para apurar os tempos médios, no mapeamento das diferentes realidades de comarcas distintas, na atribuição e atualização dos pesos, o rebaixamento das cargas médias desejáveis, entre outros problemas já especificados na seção 2.1. deste ensaio. O mesmo ocorre com o método espanhol que, embora apresente o mérito de tentar definir indicadores de desempenho e de qualidade, também ignora a realidade do judiciário espanhol e suas características distintas. O estudo do *Hay Group* não considerou a realização de qualquer análise do trabalho efetivamente desenvolvido pelos magistrados nos processos (SANTOS, 2005). O estudo da faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, da mesma forma que o estudo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, identificou o tempo percebido pelos respondentes e não o tempo real de cada intervenção judicial. O estudo do Supremo Tribunal Federal contabilizou, em um primeiro momento, os processos em fase de execução, cujo andamento não estava mais a cargo dos magistrados, gerando uma taxa de congestionamento irreal. Além disso, também não considerou as diferentes características regionais.

Finalmente, intriga os autores deste ensaio os resultados discrepantes dos métodos empregados. De acordo com os estudos acima apresentados, um magistrado norte-americano das cortes correspondentes ao primeiro grau brasi-

leiro deve atuar com um limite de 430 processos anuais. Já os espanhóis enfrentam uma demanda de 1.493 processos/ano para cada magistrado. Os portugueses oscilam entre 180 a 460 processos anuais, em números aproximados. Entretanto, os brasileiros chegam a enfrentar quase 24.000 processos anuais no Supremo Tribunal Federal e quase 29.000 na Justiça Federal – Juizados Especiais (pesquisa do STF). O estudo do TJ-RS também é alarmante para os brasileiros: os magistrados afirmam trabalhar numa jornada de 54 horas semanais para tentar dar conta de um número aproximado de 13.500 processos/ano. Quando questionados sobre o número de processos desejável para um magistrado atender anualmente, com a qualidade e a rapidez que a sociedade espera, os magistrados apontaram que a carga atual de trabalho é cinco vezes superior à que se pode suportar.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

6.1 Limitações do ensaio

Este ensaio apresenta algumas limitações no sentido de que não foi possível conhecer a íntegra de todos os estudos comparados. Além disso, a análise carece do conhecimento de eventuais estudos que possam ter sido realizados (ou ainda estejam sendo postos em prática) em um maior número de países, incluindo países da América Latina, com contextos possivelmente mais próximos da realidade brasileira.

Poderia auxiliar na compreensão da aplicação das metodologias descritas, a apresentação completa dos resultados de cada um dos estudos realizados. Entretanto, o volume de informações geradas a partir dos diferentes estudos inviabilizou sua inserção no espaço deste ensaio.

6.2 Conclusões e recomendações

A realização dos estudos citados demonstra a premência de desenvolvimento de um método confiável de avaliar a carga de trabalho de magistrados com os objetivos de: a) evitar cargas elevadas ou reduzidas; b) distribuir os processos a cada magistrado a partir de critérios justos e transparentes; c) planejar as necessidades de aporte de recursos humanos, materiais, técnicos, informacionais e logísticos; d) permitir a gestão estratégica da Justiça; e e) qualificar cada vez mais a prestação jurisdicional.

Não há, no entender dos autores e até o momento, algum método que dê conta da complexidade da questão. Ficou claro que a carga não está relacionada somente ao número de processos, mas às questões jurídicas (como a existência de regulamentos internos que muitas vezes ocasionam entraves na celeridade do andamento dos processos e a possibilidade do ingresso de recursos que aumentam a demanda do segundo grau), à complexidade dos processos, às demandas e características culturais da população a qual o Judiciário atende, além da infra-estru-

tura disponível, ao perfil do conjunto de magistrados e do pessoal de apoio entre outras variáveis.

Qualquer estudo que não considere a complexidade do tema poderá chegar a conclusões simplistas.

Concluiu-se também que os métodos de levantamento de carga de trabalho dos magistrados e seus resultados não devem ser utilizados com o propósito de geração de “rankings de produtividade”, próprios dos modelos da gestão privada. Esta inadequação se deve às diferenças básicas entre o público e o privado: a) o serviço público, com seus objetivos exclusivos de atendimento às demandas dos cidadãos com a máxima qualidade possível, dentro de prazos delimitados, ensejando mecanismos de planejamento e de controle próprios; b) a complexidade das interfaces com a sociedade, e com os demais poderes; e c) as exigências legais.

É preciso uma ação sistêmica que repense as relações entre os poderes, os controles e leis de tramitação processual, o número de recursos possíveis, entre diversos outros fatores.

Do ponto de vista das fórmulas de cálculo da carga de trabalho e considerando que a pesquisa do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul revelou muitos casos de respostas discrepantes, uma recomendação que pode ser feita é a implantação, com maior ênfase e imposição, dos atuais mapas de atividades. Tais mapas que deveriam ser planejados no sentido de permitirem análises futuras mais detalhadas dos procedimentos e tempos

dedicados a cada tipo de processo. Não é possível atingir resultados mais precisos na análise de dados onde não se dispõem de um conjunto de informações uniformes, sistemáticas e confiáveis.

Em relação às demais metodologias apresentadas, sugere-se a adoção daquelas que, a exemplo dos estudos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, do Hay Group e do *Delphi Method*, considerem a percepção dos magistrados acerca de suas próprias atividades em combinação com métodos de aferição dos tempos dos atos processuais (utilizados nos estudos norte-americanos), a fim de reduzir a margem de erros nos levantamentos e de incluir variáveis contextuais. Havendo recursos para tanto, a constituição de amostras estratificadas pode ser importante no apoio ao detalhamento de diferentes contextos. Por outro lado, um estudo como o do TJ, que não fez uso deste tipo de amostra, pode representar um primeiro passo no mapeamento geral do quadro de carga de trabalho de um local determinado – como foi o caso do Rio Grande do Sul – e abrir perspectivas interessantes para novos estudos (como é o caso dos estudos exploratórios). A perspectiva do estudo espanhol de construir indicadores de desempenho e de resultados é bastante louvável e sugere-se seja considerada com o intuito de que não se esqueça de que a exigência por celeridade poderia, hipoteticamente, comprometer a qualidade.

A análise de estudos internacionais e nacionais pode vir a representar uma primeira aproximação entre instituições de diferentes âmbitos na busca de

indicadores confiáveis, considerando-se as diferenças locais, que talvez lancem luz sobre as brutais diferenças das cargas de trabalho dos magistrados brasileiros e de seus pares espanhóis, portugueses e norte-americanos.

Cabe ressaltar que a tentativa de mensuração dos padrões de produtividade ideais não é recente. No início do século passado Frederick W. Taylor (1990), conhecido hoje como o “Pai da Administração Científica”, buscou definir a produtividade do que ele considerou o “trabalhador médio” para, a partir daí, poder recompensar os que excedessem este padrão. Diversas críticas são feitas ao seu trabalho até hoje, entre as quais a de que o “trabalhador médio” não representava a média dos esforços dos operários, mas sim, um desempenho excepcional de um homem excepcionalmente forte e rápido.

O que se quer destacar, por fim, é que a definição da carga de trabalho ideal não é, e nem nunca será, um critério totalmente objetivo no sentido da objetividade das ciências exatas. Critérios políticos, ideológicos, e pressupostos pessoais acerca da natureza humana e do trabalho sempre terão influência sobre o tema. Fatores dinâmicos, como as influências culturais, sociais, demográficas, econômicas e políticas irão sempre interferir na percepção e, conseqüentemente, na avaliação da carga de trabalho. Entretanto, o desenvolvimento de um método que permita o mapeamento, o mais próximo possível, do dia-a-dia dos magistrados e de suas condições de trabalho pode contribuir fortemente para a maior excelência na administração judiciária e para qualificar ainda mais o atendimento à sociedade.

REFERÊNCIAS

- BRANCHER, Leoberto N. *Reconfiguração do Sistema de Justiça da Infância e da Juventude na Execução de Medidas Sócio-Educativas*. Porto Alegre: Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul, 1998. (Relatório Técnico da 3ª Vara do Juizado da Infância e da Juventude).
- BRANCHER, Leoberto N.; COSTA, Sílvia Generali. *Visão Sistêmica da Implementação e da Gestão da Rede de Atendimento Projetada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente*. Porto Alegre: Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul, 1998. Relatório Técnico da 3ª Vara do Juizado da Infância e da Juventude.
- CANAL JUSTIÇA. *Fórum Nacional de Comunicação e Justiça. Jobim analisa indicadores da Justiça Federal*. Disponível em: <<http://www.canaljustica.jor.br/index.php?id=14179>>. Acesso em: 14 dez. 2004.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *A Justiça em Números: Indicadores Estatísticos do Poder Judiciário 2004*. Disponível em: <<http://www.cnj.gov.br/downloads/JN2.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2006.

- CORDEIRO, Roberto. Ministro Vidigal diz em Fortaleza que desconhece pesquisa do STF. *Notícias do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/Noticias/imprime_noticia.asp?seq_noticia=13942>. Acesso em: 18 maio 2005.
- COSTA, Silvia Generali; MICHEL, Nelson; MICHEL, Renato. *Análise da Carga e da Distribuição de Trabalho no Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul – Magistrados e Servidores da Justiça de Primeiro Grau*. Porto Alegre: Tribunal de Justiça, 2005. Relatório de Pesquisa.
- ESPANHA. Consejo General del Poder Judicial. *Acuerdo de 3 de diciembre de 2003*, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 2/2003, para el cumplimiento de la Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las Carreras Judicial y Fiscal, en lo relativo a las retribuciones variables por objetivos de los miembros de la Carrera Judicial. Disponível em: <<http://www.juecesdemocracia.es/pdf/#search=%22%22m%C3%B3dulos%20de%20trabajo%20de%20jueces%20y%20magistrados%22%22>>. Acesso em: 06 set. 2006.
- FLANGO Victor E.; OSTROM, Brian J. *Assessing the Need for Judges and Court Support Staff*. National Center for State Courts, 1996. Disponível em: <http://www.ncsconline.org/WC/Publications/Res_WorkLd_AssessNeedsJudges&StaffPub.pdf>. Acesso em: 15 set. 2006.
- HAY GROUP. *Estudo sobre Contingência Processual, visando a definição de indicadores fiáveis sobre o volume de serviço adequado para cada juiz dos tribunais judiciais*. Lisboa: 2002.
- LACOMBE, Francisco; HEILBORN, Gilberto. *Administração: princípios e tendências*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- LÁZARO, Julio M. El Supremo anula el sistema de control de la productividad judicial. *El País*, 23 fev. 2006. Disponível em: <http://www.elpais.es/articulo/espana/Supremo>. Acesso em: 06 set. 2006.
- NANCI, Luciana. Produtividade do Judiciário: Governo é principal responsável por lentidão da Justiça. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://64.207.161.190/novo/static/text/34664,1>>. Acesso em: 18 maio 2005.
- NATIONAL CENTER FOR STATE COURTS - NCSC. *Workload and Resource Assessment – FAQs*. Disponível em : <<http://www.ncsconline.org/WC/FAQs/WorkLdFAQ.htm>>. Acesso em: 15 set. 2006.
- OLTRAMARI, Alexandre. O raio-x da Justiça. *Revista Veja*, edição 1904, 11 de maio de 2005. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br>>. Acesso em: 23 maio 2005.
- RIFKIN, Jeremy. *O Fim dos Empregos: o declínio inevitável dos níveis dos empregos e a redução da força global de trabalho*. Tradução Ruth Gabriela Bahr. São Paulo: Makron Books, 1995.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Relatório Anual 2004. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/institu/contas/r_anual/rel2004/rel_2004.html>. Acesso em: 08 set. 2005.

- _____. *Plano de Gestão Pela Qualidade do Judiciário*. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 26 dez. 2005.
- SADY, João José. Divisão Errada: distribuição desigual de processos atrasa a Justiça. *Revista Consultor Jurídico*, 13 maio 2005. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br>. Acesso em: 19 ago. 2005.
- SALGADO, Solange. Justiça em Números: Levantamento do STF fez retrato distorcido do Judiciário. *Revista Consultor Jurídico*, 21 maio 2005. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br>. Acesso em: 19 ago. 2005.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (dir. científico). *Os actos e os tempos dos juízes: contributos para a construção de indicadores da distribuição processual nos juízos cíveis*. Lisboa, 2005. Disponível em: <http://opj.ces.uc.pt/portugues/relatorios/relatorio_Actos%20e%20tempos.html>. Acesso em: 20 maio 2006.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Seminário A Justiça em Números – Indicadores Estatísticos do Poder Judiciário Brasileiro 2003*. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/seminario/>. Acesso em: 16 set. 2006.
- TAYLOR, F. W. *Princípios de Administração Científica*. Tradução Arlindo Vieira Ramos. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1990.

VM+
editoração eletrônica
51 3222.5044
vmm.ez@terra.com.br

Composto especialmente para a Editora Meridional,
em Times New Roman, corpo 11/13,5, sobre o papel offset 75g
e impresso na

Gráfica
METRÓPOLE

www.graficametropole.com.br
comercial@graficametropole.com.br
tel./fax + 55 (51) 3318.6355

Revista da
Faculdade de Direito UFRGS

Av. João Pessoa, n. 80 - CEP 90.040-000 - Porto Alegre/RS - Brasil
Tel: (51) 3316.3118 / 3316.3128 / 3316.3555 / 3316.3464

DISTRIBUIDORES / REPRESENTANTES

AMAZONAS – Travessia Editora e Livraria Ltda. – Valer Livraria – Fone/fax: (92) 3633-6565
Editora Vozes Ltda. – Fone: (92) 3232-5777
BAHIA / SERGIPE – LDM – Livraria e Distribuidora Multicampi Ltda. – Fone: (71) 2101-8000
CEARÁ – Livraria Marques Mariano Ltda. Lua Nova – Fones: (85) 3223-4336 / 3214-5488
DISTRITO FEDERAL – J. Quinderé Distribuidora de Livros Ltda. – Fones: (61) 3347-8461 / 3347-7386
Livraria Cultura S/A – Casapark Shopping Center – Fone: (61) 3410-4033
Editora Vozes Ltda. – Fone: (61) 3326-2436
GOIÁS – Editora Vozes Ltda. – Fone: (62) 225-3077
ESPÍRITO SANTO – Representações Paulista Ltda. – Logos Livraria – Fone: (27) 3137-2568
MINAS GERAIS – Alpha Distribuidora de Livros Ltda. – Fones: (31) 3497-9179 / 3497-1939
PARAÍBA – UFPB – Universidade Federal Paraiba – Casa do Livro – Fone/fax: (83) 3216-7327
PARANÁ – Aramis Chain – Fone: (41) 3264-3484
Berton & Cosmo Ltda. – Fone/fax: (41) 3213-5600
Editora Vozes Ltda. – Fone/fax: (41) 3233-1392
PERNAMBUCO – Potylivros Distribuidora Ltda. – Fone/fax: (81) 3423-1100
Livraria Cultura S/A – Fone: (81) 2102-4033
Editora Vozes Ltda. – Fone: (81) 3423-4100
RIO DE JANEIRO – Mazolli & Assis Comércio de Livros Ltda. – Odisséia – Fones: (21) 2290-0873 / 2290-1305
Livraria da Travessa S/A – Ipanema – Fone: (21) 3205-9002 Ramais: 247 e 239
Editora Vozes Ltda. – Fone/fax (21) 2533-8358
RIO GRANDE DO NORTE – Potylivros Distribuidora Ltda. – Fone/fax: (84) 3203-2626
RIO GRANDE DO SUL – Multilivro Distribuidora e Livraria Ltda. – Fones: (51) 3223-7363 / 3223-6622
Livraria Cultura S/A – Bourbon Shopping Country – Fone: (51) 3028-4033
SANTA CATARINA – Livraria Livros & Livros Ltda. – Fone/fax: (48) 3028-6244
SÃO PAULO – Batatais Comércio e Represent. de Livros Ltda. – Fones (11) 3266-3097 / 3266-2976
Empório do Livro Editora e Livraria Ltda. – Fones: (11) 3255-1447 / 3151-6401
EDUSP – Editora Universidade de São Paulo – Fone: (11) 3091-4409
Lerlivros Distribuidora Ltda. – Potyguar – Fone: (11) 3828-2423
Livraria Cultura S/A – Conjunto Nacional – Fone: (11) 3170-4033
Livraria Cultura S/A – Shopping Villa Lobos – Fone: (11) 3024-3599
Livraria Cultura S/A – Market Place – Fone: (11) 3474-4033
TOCANTINS – S.G.Vieira – Livraria Palmas Cultural – Fones: (63) 3215-3123 / 3225-5217



Editora Sulina

www.editorasulina.com.br

ISSN 0104660-8

